Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht

Hasina Farouq

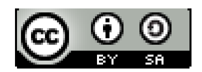
Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Zusammenarbeit von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften unter besonderer Berücksichtigung der Problematik von Blitzaustritten und Blitzwechseln aus Arbeitgeberverbänden



Universitätsverlag Göttingen

Hasina Farouq

Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Zusammenarbeit von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften unter besonderer Berücksichtigung der Problematik von Blitzaustritten und Blitzwechseln aus Arbeitgeberverbänden



erschienen als Band 6 der Reihe „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht"
im Universitätsverlag Göttingen 2014

Hasina Farouq

Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Zusammenarbeit von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften unter besonderer Berücksichtigung der Problematik von Blitzaustritten und Blitzwechseln aus Arbeitgeberverbänden

Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht
Band 6



Universitätsverlag Göttingen
2014

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht“
Prof. Dr. Hans Michael Heinig, Prof. Dr. Dr. h.c. Werner Heun,
Prof. Dr. Christine Langenfeld, Prof. Dr. Thomas Mann

Satz und Layout: Hasina Farouq
Umschlaggestaltung: Jutta Pabst

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-176-4
ISSN: 2191-4583

„Im Zweifel für die Freiheit“

Willy Brandt

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen im Wintersemester 2013/14 als Dissertation angenommen worden.

Bedanken möchte ich mich an erster Stelle bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Hans Michael Heinig*, ohne den diese Arbeit so nicht zustande gekommen wäre. Er stellte Sicherheit und Freiheit während meiner Promotionszeit bereit. Einerseits durch seine stets konstruktive akademische Betreuung und andererseits durch die Möglichkeit als Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl in Forschung und Lehre tätig zu sein. Für meine Zeit an seinem Lehrstuhl danke ich ihm von Herzen und werde ihm und seinen Mitarbeitern stets verbunden sein.

Herrn Prof. Dr. *Rüdiger Krause* danke ich ebenso, insbesondere für den Impuls, den er mir im Studium gab, sich näher mit den Fragestellungen im kollektiven Arbeitsrecht auseinanderzustezen, für die zügige Erstellung des Zweitvotums und seine wertvollen gutachterlichen Anmerkungen.

Ebenso sei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. *Werner Heun*, Dr. *Alexander Thiele* und Frau Dr. *Pia Lange* für die schnelle und unkomplizierte Realisierung meiner mündlichen Doktorprüfung gedankt.

Den Herausgebern der „Göttinger Schriften zum Öffentlichen Recht" sei für die Aufnahme meiner Arbeit in ihre Reihe gedankt.

Meinen Eltern Dr. *Mohamad Farouq* und *Meena Farouq* danke ich für ihre Unterstützung, insbesondere für ihre tatkräftige Hilfe bei der Ausrichtung meiner Doktorfeier.

Für die Unterstützung meiner Familie und meinen Freunden bei meinem „Großprojekt" Dissertation danke ich vor allem: Dr. *Mina Aryobsei*, *Jasmin Farouq* & *Ben Britt*, *Rita Berkemeier*, *Anna Hoffmann*, *Andrea* & Dr. *Roland Langrock*, Dr. *Hendrik Munsonius*, *Gudrun* & *Dietmar Parchow*, Dr. *Friederike Wapler*, Dr. *Viola Vogel* & *Hellmut Winter* und *Esther Worthmann*. Es sei nicht nur für Freundschaft und Zuspruch, sondern auch dafür gedankt, dass sie es stets irgendwie schafften, meine Probleme bei der Promotion nach den Gesprächen mit ihnen stets kleiner werden zu lassen. Sie haben es nicht nur verstanden, die Arbeit durch ihre Anmerkungen besser zu machen, sondern mich auch beharrlich zum Schreiben zu ermutigen.

Herzlichst danke ich ebenso Frau *Jutta Pabst* und dem Universitätsverlag Göttingen für die tolle Zusammenarbeit.

Ganz besonderer Dank gilt meinem Ehemann, *Rassul Ali*, der mich und auch das Dissertationsprojekt von der ersten bis zur letzten Stunde unterstützte. Die Belastungsprobe Dissertation meisterten wir gemeinsam ebenso wie seine Diplomarbeitsphase und mein erstes Examen. Ihm gilt mein tiefster Dank und ihm sei diese Arbeit gewidmet.

Kassel, im Oktober 2014 *Hasina Farouq*

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel.
Einleitung

„Verbunden werden auch die Schwachen mächtig."[1]

Die Entwicklung der Tarifautonomie ist eine Erfolgsgeschichte.[2] Im Jahr 2010 verzeichnete das Tarifregister des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales fast 73.000 gültige Tarifverträge.[3] Sie sind Beweis für ein funktionierendes Tarifsystem, in dem die Belange von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite konsensual zusammengeführt werden. Dennoch zeigt die Statistik bei genauerer Betrachtung einen deutlichen Rückgang der Tarifbindung seit Mitte der 1990er Jahre.[4] Mit der Finanz- und der darauf folgenden Wirtschaftskrise im Jahre 2008 wurden die Gewerkschaften sich ihrer Krise als Organisation[5] noch bewusster. Gleichzeitig nahm der Druck auf die Arbeitgeber (und letztlich auch auf die Arbeitgeberver-

---

[1] *F. Schiller*, Wilhelm Tell, 1. Aufzug, 3. Szene (Staufacher).

[2] *R. Huke*, APuZ 2010 (13-14), 7, (7).

[3] Vgl. Tarifregister des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Stand 01.01.2010.

[4] Vgl. *R. Huke*, APuZ 2010 (13-14), 7, (8); *M. Ahrendt*, RdA 2010, 345 (345); vgl. auch *E. Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, S. 13ff.

[5] *U. Brinkmann/O. Nachtwey*, APuZ 2010 (13-14), 21 (21).

bände aufgrund der steigenden Anzahl der Austritte) in dieser Zeit aufgrund der stetig sinkenden Auftragszahlen zu.[6]

Es stellt sich somit die Frage, wie ein Tarifsystem ausgestaltet sein muss, um einerseits die Bedürfnisse der in Verbänden organisierten Arbeitgeber hinreichend zu achten und andererseits die strukturelle Ungleichheit im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber durch die Gewerkschaften als Arbeitnehmervertretung zu berücksichtigen[7]. Gerade in Krisenzeiten gilt es für Arbeitgeber, Kosten (insbesondere hohe Personalkosten) einzusparen, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Diese Kosten und die mangelnde Flexibilität (vor allem beim Flächentarifvertrag)[8] werden als Hauptargumente vorgebracht, wenn es um die Frage geht, warum sich Unternehmen gegen eine Verbandstarifbindung entscheiden.[9] Tariflöhne seien zu teuer und die Tarifbindung somit ein nicht kalkulierbares Risiko für Arbeitgeber.

Die Arbeitgeberverbände reagierten.[10] Sie steigerten die Attraktivität und Flexibilität für die jeweiligen Mitglieder, indem sie den Arbeitgebern qua Verbandssatzung einen schnellen, kurzfristigen Ausstieg aus dem Arbeitgeberverband ermöglichten, selbst während laufender Tarifvertragsverhandlungen (sog. Blitzaustritt[11]). Gleichzeitig bestehen Möglichkeiten, einem Arbeitgeberverband als „OT-Mitglied“ (Mitglied *O*hne *T*arifbindung) beizutreten oder von einer tarifgebundenen Mitgliedschaft in eine solche „OT-Mitgliedschaft“ zu wechseln (sog. Blitzwechsel[12]). Sowohl der schnelle Wechsel in die OT-Mitgliedschaft als auch der schnelle Austritt aus dem Arbeitgeberverband kurz vor Abschluss des neuen Tarifvertrags sind Varianten der kurzfristigen Entledigung der zuvor bestehenden Tarifbindung und damit Formen der „Tarifflucht“ vor dem Tarifvertrag.[13]

---

[6] *R. Huke*, APuZ 2010 (13-14), 7 (9); vgl. auch *M.H. Ostrop*, Mitgliedschaft ohne Tarifbindung, S. 1ff.

[7] Vgl. *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 338ff.

[8] *C. Franzke*, OT-Mitgliedschaften, S. 7ff.

[9] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 11 Rn. 10.

[10] Vgl. *H. Buchner*, NZA 1994, 2 (2); *H. Buchner*, NZA 1995, 761 (764).

[11] BAGE 126, 75ff. = BAG, Urteil vom 20.02.2008 – 4 AZR 64/07 (Vorinstanz LAG Hamburg, Urteil vom 08.12.2006 – 6 Sa 51/06) = NZA 2008, 946ff.

[12] BAGE 127, 27ff. = BAG, Urteil vom 04.06.2008 – AZR 419/07 (Vorinstanz LAG München, Urteil vom 10.05.2007 – Sa 1244/06) = NZA 2008, 1366ff.

[13] Siehe näher hierzu *J.-H. Bauer*, Flucht aus Tarifverträgen: Königs- oder Irrweg?, in: Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag, S. 19 (S. 33ff.).

A. Problembereich und zu untersuchende Fragestellung

I. „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel"

Gemeinsames Problem der Fallkonstellationen von Blitzaustritten und Blitzwechseln ist eine drohende Tarifflucht der in Arbeitgeberverbänden organisierten Arbeitgeber vor dem Tarifvertrag durch schnelle vereinsrechtliche Austritte aus dem Verband oder Wechsel der vereinsrechtlichen Mitgliedschaft innerhalb eines Verbandes. Arbeitgeber, welche zu Beginn der Tarifvertragsverhandlungen noch am Verhandlungstisch saßen, können sich kurzfristig ohne Kenntnis der Gewerkschaft und der hinter ihr stehenden Arbeitnehmer von dem kommenden Verbandstarifvertrag befreien, indem sie satzungsgemäß blitzartig von der T-Mitgliedschaft (Mitglied mit Tarifbindung) in die OT-Mitgliedschaft wechseln oder gänzlich aus dem Arbeitgeberverband austreten.

Die Konsequenz für die verhandelnde Gewerkschaft ist, dass sie sich während der Tarifrunden nicht sicher sein kann, welche Wertigkeit der Abschluss eines Verbandstarifvertrages für sie bzw. ihre Mitglieder hat. Diese blitzartigen Beendigungen der vereinsrechtlichen Vollmitgliedschaft führen dazu, dass die Gewerkschaft und die in ihr organisierten Arbeitnehmer bei Vertragsschluss nicht wissen, welcher Arbeitgeber nach dem Tarifabschluss auch tatsächlich von der Tarifbindung erfasst ist.

Der drohenden Verschiebung des Kräftegleichgewichts innerhalb der Tarifverhandlungen entgegnete das Bundesarbeitsgericht (im Folgenden BAG) in zwei Grundsatzentscheidungen[14] aus dem Jahre 2008 durch die Schaffung eines Transparenzgebotes.[15] Demnach sei ein kurzfristiger Austritt aus dem Arbeitgeberverband oder Übertritt in eine OT-Mitgliedschaft während der laufenden Tarifvertragsverhandlungen rechtmäßig und die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht beeinträchtigend, wenn der Gewerkschaft derartige Blitzaustritte und Blitzwechsel transparent gemacht werden und sie über die Veränderungen rechtzeitig informiert werde.

Dieses Transparenzerfordernis, sowie seine Ausgestaltung und die damit verbundene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, haben für lebhafte Diskussionen im wissenschaftlichen Schrifttum gesorgt.

Für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sei es nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts erforderlich, dass durch Verbandssatzungen der Arbeitgeberverbände „ein Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit" sichergestellt werde, der auch nicht während laufender Tarifverhandlungen entfallen dürfe.[16] Eine Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sei anzunehmen, wenn diejenigen Arbeitgeber, vertreten durch den Verband, an den Tarifverhand-

[14] BAGE 126, 75ff.; BAGE 127, 27ff.
[15] BAGE 127, 27 (47 Rn. 67ff.).
[16] BAGE 127, 27 (46 Rn. 65)..

lungen teilnähmen, nicht mit denjenigen identisch seien, welche nach dem Tarifvertragsschluss an den Tarifvertrag gebunden seien.[17] Verschwiegene Veränderungen des Mitgliederbestandes des Arbeitgeberverbandes können folglich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts möglicherweise die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erheblich stören, wenn während einer Tarifrunde und im tariflosen Zeitraum kurzfristig Vollmitgliedschaften beendet werden und diese die Funktionsbedingungen des Tarifverfahrens stören.

Das hinter der Thematik von Blitzaustritt und Blitzwechsel stehende Problem wirft die Frage auf, ob durch diese Spielarten des Ablegens der Vollmitgliedschaft, und damit auch der Tarifbindung, in verfassungswidriger Weise die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gestört wird oder ob derartige Austritts- und Wechselmöglichkeiten lediglich Ausgestaltungen der Satzungsautonomie der Arbeitgeberverbände sind.

Meine Arbeit soll dabei das Augenmerk auf die Koalitionsfreiheit und somit auf den verfassungsrechtlichen Aspekt der Fragestellung legen.

II. Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien

Es stellt sich somit in beiden Fällen der blitzartigen Beendigung der Vollmitgliedschaft die abstrakte Frage nach den Vorgaben für die Zusammenarbeit von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden bei Tarifverhandlungen. Dabei wird die Problematik der Blitzaustritte und Blitzwechsel insbesondere beim Verbandstarifvertrag augenfällig.

Auf einfachgesetzlicher Ebene, d.h. insbesondere im Tarifvertragsgesetz (im Folgenden TVG), sucht man Regelungen, welche die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft bei Ausübung ihrer Tarifautonomie in Tarifrunden näher bestimmen, vergeblich. Vielmehr sind den wenigen Paragrafen des TVG abstrakte Rahmenbedingungen zu entnehmen. Detaillierte Regelungen zu mannigfaltigen Problemen der Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie enthalten sie kaum.

Eine § 2 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz (im Folgenden BetrVG) entsprechende Regelung für die Tarifvertragsparteien ist nicht ersichtlich. § 2 Abs. 1 BetrVG lautet:

> *„Arbeitgeber und Betriebsrat arbeiten unter Beachtung der geltenden Tarifverträge vertrauensvoll und im Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs zusammen.“*

Hauptanknüpfungspunkt zur Ermittlung einer Antwort auf die Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften ist Art. 9 Abs. 3 GG.

---

[17] BAGE 127, 27 (46 Rn. 65).

Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG besagt:

„Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet.“

Durch Art. 9 Abs. 3 GG wird dem Grundrechtsberechtigten das Recht gewährt, sich zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zusammenzuschließen und im Rahmen des Verbands die eigenen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auszuhandeln. Das Grundgesetz stellt den Grundrechtsberechtigten die Tarifautonomie als System der kollektiven Rechtssetzung bereit, welches angemessene Arbeitsbedingungen durch paritätische Verhandlungen der Tarifparteien hervorbringt.[18] Die für das Arbeitsrecht angenommene strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber soll durch die Zusammenarbeit der Kollektivverbände, welche für ihre Mitglieder Arbeitsbestimmungen vereinbaren, kompensiert werden.[19]

Den Arbeitnehmern und Arbeitgebern soll somit ein Instrument zur Verfügung gestellt werden, ihre eigenen Angelegenheiten selbst zu regeln und Kollektivvereinbarungen zu treffen, welche Rechtssetzungskraft enthalten.[20]

Bei der Tätigkeit der Koalition zur Schaffung sozial angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen hat der Staat die Autonomie der Koalitionen zu wahren.[21] Dieses Gebot der staatlichen Neutralität verpflichtet ihn, sich aus dem Spiel der Kräfte weitestgehend herauszuhalten, solange ein annäherndes Gleichgewicht zwischen den antagonistischen Kräften besteht.[22] Diese Pflicht zur Neutralität kann sich aber in eine staatliche Einschreitenspflicht verwandeln, wenn das Koalitionsverfahren als solches bedroht wird.[23]

---

[18] Vgl. *U. Preis/D. Ulber*, Funktion und Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, in: Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht, Festschrift für Otto Ernst Kempen, S. 15 (S. 16ff.).

[19] Vgl. BVerfGE 84, 212 (224, 229); 92, 365 (395); *J. Kühling*, AuR 2001, 241 (242).

[20] BVerfGE 44, 322 (340f.): „Den frei gebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugewiesen und in einem Kernbereich garantiert, insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung frei gelassenen Raum in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflußnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarungen sinnvoll zu ordnen (vgl. BVerfGE 4, 96 [106f.]; 18, 18 [26, 28]; 20, 312 [317]; 28, 295 [304]; 38, 281 [306]).“; BVerfGE 64, 208 (215); 94, 268 (283).

[21] BVerfGE 64, 208 (215): „Im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG hat der Staat seine Rechtsetzungszuständigkeit zurückgenommen und die Ausgestaltung der Rechtsordnung in weitem Maße den Tarifvertragsparteien überlassen (vgl. BVerfGE 34, 307 [316f.]; 44, 322 [340 unten]).“

[22] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 283; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 353.

[23] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 284.

B. Ziel der Arbeit

Ziel der Arbeit ist es, herauszuarbeiten, ob verfassungsrechtliche Vorgaben für die Zusammenarbeit von Arbeitgeberverband und Gewerkschaft bestehen und ob sich hieraus Lösungsmodelle für die Problematik der Blitzaustritte und Blitzwechsel ableiten lassen. Insbesondere ist zu untersuchen, in welcher Weise das Koalitionswesen verfassungsrechtlich intendiert ist, d.h. ob ein bestimmtes Koalitionssystem bereitgestellt werden muss und welche Funktionsbedingungen zum Koalitionsverfahren gehören.

Dabei wird der Versuch unternommen, die Konturen der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sowie der Funktionsbedingungen für ein faires Tarifverfahren unter Berücksichtigung widerstreitender Grundrechtspositionen darzustellen. Im Anschluss soll hieran am konkreten Beispiel von Blitzaustritt und Blitzwechsel analysiert werden, inwiefern Verhandlungsparität zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeberverband vorherrscht und was Blitzaustritte und Blitzwechsel von Arbeitgebern aus Arbeitgeberverbänden für das Verhältnis von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften bedeuten.

Es gilt somit eine kollektivarbeitsrechtliche Fragestellung grundlegend grundrechtssystematisch aufzuarbeiten, um alle Grundrechtspositionen der involvierten Grundrechtsberechtigten ausreichend zu berücksichtigen.

C. Vorgehensweise

In meiner Arbeit soll anhand der konkreten Arten der Entledigung der Tarifbindung, Blitzaustritt und Blitzwechsel, auf die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit und mögliche Grenzen bedingt durch die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie eingegangen werden. Dabei soll das aktuelle Problem der Tarifflucht durch Blitzaustritte und Blitzwechsel im Wege eines möglichst schonenden Ausgleichs zwischen den verschiedenen Grundrechtspositionen der Betroffenen untersucht werden. Schwerpunktmäßig gilt es zwei Fragenkomplexe zu bearbeiten:

Zum einen die Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien (Drittes Kapitel) und zum anderen die Frage nach der koalitionsverfassungsrechtlichen Vereinbarkeit von Blitzaustritt und Blitzwechsel (Viertes und Fünftes Kapitel). Denn notwendige Grundlage zur Beantwortung der Frage nach der koalitionsverfassungsrechtlichen Vereinbarkeit von Blitzaustritt und Blitzwechsel ist die Entwicklung eines abstrakten verfassungsrechtlichen Maßstabes über die verfassungsrechtlich intendierte Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien.

Bei der Erfassung und Bildung eines verfassungsrechtlichen Maßstabes für die Zusammenarbeit von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften ist die eingehende Beschäftigung mit Art. 9 Abs. 3 GG notwendig. Insbesondere im Hinblick auf die Konturierung der Tarifautonomie ist eine genaue Beschäftigung mit der Dogmatik und dem konzeptionellen Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 GG von Nöten.

In einem ersten Schritt ist die Koalitionsfreiheit hinsichtlich ihres Entstehungsgrundes historisch auszulegen (Zweites Kapitel). Darauf folgt die intensive Untersuchung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifparteien aus Art. 9 Abs. 3 GG (Drittes Kapitel). Im Anschluss hieran folgt die konkrete Auseinandersetzung mit der Problematik um Blitzaustritte und Blitzwechsel der Arbeitgeber aus Arbeitgeberverbänden bei laufenden Tarifverhandlungen (Viertes Kapitel).

Methodisch unumgänglich ist die Exegese der vorliegenden richterlichen Entscheidungen zu Blitzaustritt und Blitzwechsel. Sie bietet vor allem Anknüpfungspunkte für die kritische Auseinandersetzung mit dem durch die Entscheidungen geschaffenen Richterrecht, sowie für die Befassung mit der hierzu erschienenen Literatur. Schließlich soll der Versuch unternommen werden, einen konkreten Lösungsvorschlag der Problematik unter Berücksichtigung der verschiedenen Grundrechtspositionen aller Betroffenen zu formulieren (Fünftes Kapitel).

Zweites Kapitel. Historische Auslegung der Koalitionsfreiheit

> *„Art. 9 Abs. 3 GG hat sich bekanntlich – anders als sein fast gleichlautender Vorgänger, Art. 159 WRV – zu einer Magna Charta des kollektiven Arbeitsrechts entwickelt. Kaum ein wesentliches Problem aus diesem Bereich, das nicht mit der Verfassungsnorm wenigstens in Verbindung gebracht würde…"*[1]

Um sich der Frage nach dem Verhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien und dem gegebenenfalls verfassungsrechtlich vorgegebenen Verhalten für die Zusammenarbeit von Arbeitgeberverband und Gewerkschaft zueinander anzunähern, ist es unerlässlich, sich zunächst einen Überblick über den für das kollektive Arbeitsrecht wichtigsten Artikel im Grundgesetz, Art. 9 Abs. 3 GG, zu verschaffen und sich mit der Koalitionsfreiheit, insbesondere der kollektiven Koalitionsfreiheit, intensiv auseinanderzusetzen.

Bei dieser Untersuchung soll vor allem der Aussagegehalt der Koalitionsfreiheit hinsichtlich des Verhältnisses von Gewerkschaft und Arbeitgeberverband, also der Koalitionen als Tarifvertragsparteien, im Mittelpunkt stehen. Daneben soll genauso die in diesem Kontext dazu liegende Frage nach den Bedingungen für ein funktionierendes Tarifvertragssystem behandelt werden.

---

[1] *W. Zöllner*, AöR 1973, 71 (72).

Durch einen einzigen Satz, Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG, wurde im Grundgesetz die Koalitionsfreiheit verankert:

> *„Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und alle Berufe gewährleistet.“*

Das Grundgesetz manifestiert das (individuelle) Recht des Einzelnen, sich mit dem Ziel der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu vereinigen, gemeinhin[2] als Koalitionsfreiheit bezeichnet, als Grundrecht. Der Grund für die eigenständige Regelung einer Koalitionsfreiheit neben der Vereinigungsfreiheit liegt in der (europäischen[3] und) deutschen Sozial- und Verfassungsgeschichte seit Beginn der Entwicklung der Industriegesellschaft Mitte des 19. Jahrhunderts.[4]

[2] Statt vieler: BAGE 58, 138 (142); *H. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 30, 33; *R. Scholz*, in: HStR VIII, § 175 Rn. 1ff.; *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 19.

[3] Für die vorliegende Untersuchung wird aufgrund der Relevanz vornehmlich auf die deutsche Entstehungsgeschichte der Koalitionsfreiheit eingegangen.

[4] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 15 ähnlich *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 1ff.

A. Art. 9 Abs. 3 GG als historisch gewachsenes Grundrecht

> *„Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 3 stets hervorgehoben, daß bei der Bestimmung der Tragweite dieses Grundrechts seine historische Entwicklung zu berücksichtigen sei.“*[5]

Andere fordern darüber hinaus sogar die ganz besondere Beachtung des geschichtlichen Entstehungsprozesses bei der genaueren Bestimmung des Schutzgehaltes von Art. 9 Abs. 3 GG.[6] Einigkeit besteht darüber, dass bei Streitfragen innerhalb des Art. 9 Abs. 3 GG stets die historische Entstehungsgeschichte dieses Artikels im Gesamtkontext der Verfassungsgeschichte und im Sozialleben zu berücksichtigen ist.

Ihrer Entstehungsgeschichte nach zählt die Koalitionsfreiheit, ebenso wie die allgemeine Vereinigungsfreiheit, nicht zu den klassischen Grundrechten, denn sie weist nicht den klassischen Ursprung im Sinne eines Abwehrrechts im Bürger-Staat-Verhältnis auf.[7] Sowohl die Vereinigungsfreiheit als auch die Koalitionsfreiheit sind als „späte Grundrechte“ anzusehen, die sich erst im Laufe des 19. Jahrhunderts im Zuge der Industrialisierung entwickelt haben.[8] Zudem sind die Tarifvertragsparteien, ebenso wenig wie ein Tarifvertrag, „nicht schon in der Natur“ vorzufinden, sondern die Koalitionsfreiheit gehört zu den durch die Rechtsgemeinschaft hervorgebrachten rechts- bzw. normgeprägten Grundrechten[9]. Die Beschäftigung mit der historischen Entwicklung der Koalitionsfreiheit ist für die aktuelle Interpretation der Koalitionsfreiheit deshalb von besonderer Bedeutung.

I. 19. Jahrhundert bis 1918

Entstanden und erwachsen ist die Koalitionsfreiheit aus der sozialen Auseinandersetzung zwischen Kapital und Arbeit zu Beginn des 19. Jahrhunderts.[10]

Mit der zunehmenden Industrialisierung und Technisierung ergab sich ein Überangebot an menschlicher Arbeitskraft im Verhältnis zu den vorhandenen

[5] St. Rspr.; für viele BVerfGE 50, 290 (367);4, 96 (106, 108f.); 18, 18 (28ff.).

[6] *F.J. Säcker/H. Oetker,* Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, S. 55f.; vgl. auch hierzu aus historischer Sicht *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918 Band I, S. 335ff.

[7] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 154.

[8] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 1; *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 1.

[9] *H.D. Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 38 Funktionen der Grundrechte, Rn. 56ff.

[10] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 154; ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 16 vgl.: *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918 Band I, S. 339; *W. Höfling* in Sachs, GG, Art. 9 Rn. 48; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 22; *R. Dietz*, in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte III/1, § 64 S. 422ff.; *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III, S. S. 41.

Arbeitsplätzen,[11] welches durch die fortschreitende bessere medizinische Versorgung noch verstärkt wurde[12]. Eine Situation, in der sich Überangebot und Nachfrage in einem solchen Verhältnis gegenüber stehen, dass durch das Überangebot an Arbeitskraft das Lohnniveau stetig sinkt, weil sich die auf den Erwerb angewiesenen Menschen gegenseitig unterbieten, wird volkswirtschaftlich als Konkurrenz-Paradoxon[13] bezeichnet. In einer solchen Situation würde, handelte es sich um Güter, das Überangebot vom Markt genommen werden, um das Missverhältnis zur Nachfrage aufzulösen. Dadurch, dass es sich hier aber um ein Überangebot an Menschen handelte, konnte es nicht so reguliert werden. Die missliche Situation der Arbeiter war staatlicherseits nur dadurch zu verbessern, indem der stete Wettbewerb der Arbeitsanbieter untereinander durch kollektive Mindestarbeitsbedingungen abgefedert wurde, damit zumindest hinsichtlich dieser Bedingungen die Konkurrenz ausgeschaltet war.[14] Durch die faktische Schieflage zu Lasten der Arbeitnehmer war der einzelne Arbeitnehmer auf den Verkauf seiner Arbeitskraft existentiell angewiesen, während der Arbeitgeber in der stärkeren Position war und dadurch die Bestimmungen des Arbeitsverhältnisses seinem Gegenüber diktieren konnte.[15]

Vereinigungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern bildeten sich im Fortgang heftiger Konflikte und es entwickelten sich aufgrund von Massenelend und erbitterter Arbeitskämpfe Prozesse, die zum Ergebnis hatten, dass Interessengegensätze ausgeglichen wurden und rechtlich kanalisiert werden konnten.[16] Die Gewerkschaften waren dabei bemüht, die durch den Staat in keiner Weise beschränkte Privatautonomie, die sich zum Nachteil der Arbeitnehmer auswirkte, zu korrigieren.[17] Die Bekämpfung struktureller Unterlegenheit der Arbeitnehmer ist

---

[11] *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918 Band I, S. 270ff.; *K. Marx* bezeichnete dieses menschliche Überangebot als „industrielle Reservearmee" *K. Marx*, MEW 23, S. 657ff.

[12] *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (8).

[13] *E. Dorndorf*, Mehr Individualvertragsfreiheit im Arbeitsrecht?, in: Arbeit und Recht: Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag, S. 39 (S. 41); *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 23 m. w. N.; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 142 m. w. N.; *W. Stützel*, Marktpreis und Menschenwürde, S. 79f., 85. Siehe zu weiteren Erläuterungen auch hinsichtlich des gerechten Lohns: *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (S. 92ff.).

[14] *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (8).

[15] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 4).

[16] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 16.

[17] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 201, 208; vgl. auch *H.A. Winkler*, Geschichte des Westens – Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert, S. 991.

somit sowohl die Ursache wie auch der Geltungsgrund[18] der Koalitionsfreiheit schlechthin.

Es ging den Vertretern der Arbeitnehmerschaft nicht um die Autonomie vom Staat, sondern vielmehr um die Schaffung eines Schutz(rechts) zur Überwindung der Unterlegenheit der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber, da Funktionsdefizite der Privatautonomie staatlicherseits bis dato nicht kompensiert wurden.[19] Dazu führt der Historiker *T. Nipperdey* aus:

> *„Das liberale Modell der Vertragsfreiheit gleichberechtigter Vertragspartner traf bekanntlich auf die Realität des Arbeitsverhältnisses nicht zu, hier war der Unternehmer dem einzelnen Arbeiter gewaltig überlegen. Diese Überlegenheit bestimmte den Abschluß der Arbeitsverträge, die Aufnahme der Arbeit."*[20]

Dies war der Beginn des Bedarfs nach einer Schutzfunktion einer Kollektivvereinbarung für die Arbeitnehmer und einer Kartellfunktion des Tarifvertrages für die Arbeitgeber. Die Schutzfunktion und Kartellfunktion wurden seitdem zu tragenden Funktionssäulen der Koalitionsfreiheit und sind Funktionsmerkmale des Tarifvertrages. Die Schutzfunktion des Tarifvertrages schützt den Arbeitnehmer davor, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aufgrund seiner strukturellen Überlegenheitsposition einseitig nachteilige Arbeitsbedingungen festsetzt.[21] Sowohl in rechtlicher als auch in rechtstatsächlicher Hinsicht kommt Tarifverträgen in erster Linie eine Schutzfunktion zugunsten der Arbeitnehmer zu.[22] Sie beruht darauf, dass in kollektiv zusammengeschlossenen Arbeitnehmervereinigungen (Gewerkschaften) das auf der Einzelarbeitsverhältnisebene bestehende Machtungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgehoben werden kann.[23] Somit wird durch die Tarifverträge inhaltlich ein Mindeststandard der Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmer geschaffen.[24] Diese Mindestarbeitsbedin-

---

[18] *J.V.C. Bartlog*, Das Verhältnis von Gesetz und Tarifvertrag, S. 123; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 201; vgl. auch *J. Englberger*, Die Tarifautonomie im Deutschen Reich, S. 80ff.; *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III, S. 41: „Man lernte sowohl in der Arbeiterbewegung als auch in der Landwirtschaft, wie wichtig es wurde, die gebündelten Interessen dort einzusetzen, wo die Gesetzesvorlagen entstanden, bei der Ministerialbürokratie."

[19] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 200ff. In den Worten einer Petition des Berliner Buchdruckervereins aus dem Jahre 1864 wurde ihr Anliegen ausgedrückt: „Recht der Koalition im Interesse einer annäherungsweisen Ausgleichung des Übergewichts des Unternehmers über den unbemittelten Arbeiter" (zitiert nach *M. Kittner*, Arbeitskampf, S. 212).

[20] *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918 Band I, S. 363.

[21] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 43; *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 22.

[22] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 4; *H. Wiedemann*, RdA 1997, 297 (298).

[23] BVerfG, Beschluss vom 26.06.1991 – 1 BvR 779/85 – AP GG Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 117 = NZA 1991, 809 (811f.) = NJW 1991, 2549 (2551); *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 22f.

[24] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 4.

gungen[25] dürfen keinesfalls zum Nachteil des Arbeitnehmers verändert werden.[26] Folglich wird der Arbeitnehmer in doppelter Hinsicht geschützt; zum einen vor Handlungen des Arbeitgebers und zum anderen vor nicht enden wollenden Unterbietungen von Mitbewerbern.

Im Gegenzug zur Beseitigung der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer kam die Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifverträge auf, wodurch die Arbeitgeber Stabilität und Planungssicherheit gewannen. [27] Die Befriedungsfunktion des Tarifvertrages bewirkt, dass die Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich gegenseitig während der Dauer der Tarifvertragsgeltung dazu verpflichten, keinen Arbeitskampf zu führen und somit auch sicher sind, dass die Gegenseite keinen Arbeitskampf führt, kurz: die Gewährleistung des Arbeitsfriedens.[28] Durch die Schaffung solcher Gesamtvereinbarungen in Form von Tarifverträgen werden Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geschaffen, durch welche den Tarifverträgen über ihre konkreten Auswirkungen für die Einzelarbeitsverhältnisse hinaus, ordnungsgestalterische Kraft zukommt.[29]

Volkswirtschaftlich haben die Tarifverträge folglich eine Kartellfunktion, welche sich dadurch auszeichnet, dass der Wettbewerb insoweit ausgeschaltet wird, als der Tarifvertrag die Bedingungen für einen festgesetzten Zeitraum verbindlich regelt und individualvertragliche Absprachen für Tarifgebundene nicht die im Tarifvertrag geregelten Mindeststandards unterschreiten dürfen.[30] Die Kartellwirkung eines Tarifvertrages ist quasi die Kehrseite der Schutzfunktion. Denn alle tarifgebundenen Arbeitgeber innerhalb des Geltungsbereichs eines Verbandstarifvertrages in einer bestimmten Branche sind an die Einheitlichkeit durch den Kostenfaktor Arbeit gebunden, d.h. tarifgebundene Arbeitgeber werden wettbewerblich dadurch geschützt, dass sie beispielsweise Tariflohn zahlen.

---

[25] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 22; Ausdruck dieser Anschauung von Tarifvertragsvereinbarungen als Mindestarbeitsbedingungen, ist auch § 4 Abs. 3 TVG: „Abweichende Abmachungen sind nur zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten."

[26] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 279 m. w. N.

[27] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 31, siehe zur Friedenspflicht unter Viertes Kapitel: A. II. 3; vgl. *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 202.

[28] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 500; *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 46; *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 5.

[29] *H. Wiedemann*, RdA 1997, 297 (298ff., 301); *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 13ff.; ursprünglich *H.C. Nipperdey*, Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsvertragsgesetz, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag, S. 257ff.

[30] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 498ff.; *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 5; *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 23.

Trotz des beschriebenen Schutzbedarfs der Arbeitnehmer dauerte es noch bis zum ersten Tarifvertrag im Jahre 1873, ein Buchdruckertarifvertrag.[31] Der Arbeitskampf war zu der damaligen Zeit unter den Arbeitnehmern das bevorzugtere und auch bekanntere Instrument zur Durchsetzung der Arbeitnehmerinteressen, der Tarifvertrag führte im Gegensatz dazu ein „Schattendasein“.[32]

Zuvor hoben 1869 die Bestimmungen §§ 152, 153 RGewO[33] für den Norddeutschen Bund im Zuge der Reichsgründung alle Verbote und Strafbestimmungen wegen Vereinigungen zum Zwecke der Verbesserung der Lohn- und Arbeitsbedingungen auf.[34] Das industriell hoch entwickelte Sachsen hob die Koalitionsverbote bereits 1861 auf.[35] Zwar legalisierte der Staat damit die Gewerkschaften, gleichzeitig beschränkte er aber ihre Betätigungen[36]. So wurden die Verbote nur für einen bestimmten Teil der Arbeiter aufgehoben und das zugestandene Koalitionsrecht wurde immer noch stark eingeschränkt,[37] d.h. Koalitionen wurden nur „geduldet“[38]. § 152 Abs. 2 RGewO[39] verneinte die Anerkennung und den Rechtsschutz für Koalitionsabreden ausdrücklich und § 152 RGewO bezog sich nur auf gewerbliche Betriebe. Die Loslösung der Arbeitskraft aus dem feudalen und zünftischen System begann somit zögerlich schrittweise durch die preußischen Reformen.[40]

Dennoch kann in der Aufhebung der Koalitionsverbote durch die Bestimmungen der RGewO der Beginn der Koalitionsfreiheit, die „auf den Weg gebracht“ wurde, gesehen werden.[41]

Als herber Rückschlag für die Entwicklung eines Tarifsystems kann nach dem ersten Tarifvertrag die Sozialistengesetzgebung[42] im Jahr 1890 gewertet werden.

---

[31] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 1; vgl. auch *J.V.C. Bartlog*, Das Verhältnis von Gesetz und Tarifvertrag, S. 124.

[32] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 1.

[33] Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869 Nr. 26, S. 245ff.

[34] *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918 Band I, S. 364; *S. Rixen* in: Stern/Becker, GR, Art. 9 Rn. 7; *H. Bauer* in Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 6.

[35] *W. Däubler*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 2 Rn. 7.

[36] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 3, *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 37.

[37] *J. Englberger*, Die Tarifautonomie im Deutschen Reich, S. 25ff.

[38] *R. Dietz*, in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte III/1, 424.

[39] § 152 RGewO lautet:
„(I) Alle Verbote und Strafbestimmungen gegen Gewerbebetreibende, gewerbliche Gehülfen, Gesellen oder Fabrikarbeiter wegen Verabredungen und Vereinigungen zum Behuse der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittelst Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter, werden aufgehoben.
(II) Jedem Theilnehmer steht der Rücktritt von solchen Vereinbarungen und Verabredungen frei, und es findet aus letzteren weder Klage von Einrede statt.“; Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869 Nr. 26, S. 281.

[40] *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (8).

[41] *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 6.

[42] Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie vom 21.10.1878; siehe *H. Witte*, Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie, Nachdruck der

Die Sozialistengesetze wurden mit dem Ziel erlassen, Gewerkschaften aufzulösen und somit Streiks zu verhindern.[43] Sie dienten dazu, die aufkommenden Sozialdemokraten zu bekämpfen und systematisch in Arbeitskämpfe staatlicherseits einzugreifen.[44]

Bis zum dritten Kongress der freien Gewerkschaften 1899 war umstritten, welches das probatere Mittel zu einer Umsetzung eigener Vorstellungen im Arbeitsleben war: Tarifverträge oder Arbeitskämpfe.[45] Erst auf dem Kongress einigte man sich auf den Tarifvertrag.[46] Dies war auch im Hinblick auf die dem Tarifvertrag enthaltene Friedensfunktion von Bedeutung, da mit dem Abschluss des Tarifvertrages der Arbeitsfrieden zwischen tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bewirkt wird.[47] Der dritte Kongress der freien Gewerkschaften beschloss in Frankfurt am Main 1899 Folgendes:

> *„Tarifliche Vereinbarungen, welche die Lohn- und Arbeitsbedingungen für eine bestimmte Zeit regeln, sind als Beweis der Gleichberechtigung der Arbeiter seitens der Unternehmer bei Festsetzung der Arbeitsbedingungen zu erachten und in den Berufen erstrebenswert, in welchen sowohl eine starke Organisation der Unternehmer wie auch der Arbeiter vorhanden ist, welche eine Gefahr für die Aufrechterhaltung und Durchführung des Vereinbarten bieten.“*[48]

Zwar wurde hierdurch die Entscheidung für den Tarifvertrag gefällt, jedoch ist zu beachten, dass die Gewerkschaften zu dieser Zeit tarifvertraglich begründete Ansprüche nicht einklagen konnten und sie somit auf die fortwährende vertragstreue Kooperationsbereitschaft der Arbeitgeberseite angewiesen waren und vertrauen mussten.[49]

Veröffentlichung Reichsgesetzblatt Nr. 34 aus dem Jahre 1878, Nürnberg 1980, in: 1200 Jahre Fortschritt und Bewahrung: Profile bürgerlicher Identität (*K.G. Kaster*, Hrsg.), Osnabrück 1980, Anhang 10.

[43] *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einl., Rn. 10.

[44] *M. Kittner*, Arbeitskampf, S. 263ff.

[45] *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918 Band I, S. 361ff.

[46] *E. Molitor*, Kommentar zur Tarifvertragsverordnung, S. 1; *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (8).

[47] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 500; *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 46.

[48] Zitiert nach *A. Klönne*, Die deutsche Arbeiterbewegung, S. 102.

[49] *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (8).

Die Korrekturfunktion der Tarifverträge hinsichtlich des Ungleichgewichts bei Arbeitsvertragsverhandlungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bildete sich von Beginn der Tarifverträge an aus.[50] Dabei war die Art der Korrektur der Privatrechtsordnung systemkonform, denn die Tarifautonomie als Instrument der Korrektur der Privatrechtsordnung ging mit der Anerkennung der Koalitionen und ihrer Befugnisse einher und machte die Privatrechtsordnung erst überlebensfähig.[51]

Im Jahre 1910 wurde erstmals ein verbindliches, wenn auch nicht unabdingbares Recht aus einem Tarifvertrag durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts[52] anerkannt.[53]

Das BVerfG betonte in einigen seiner Entscheidungen die historischen Wurzeln der Koalitionsfreiheit, in dem es unterstrich, dass der essentielle Geltungsgrund der Koalitionsfreiheit die Abwehr staatlicher Repression gegenüber den Koalitionen sei.[54] Allerdings ist die Aussage nur im Verhältnis von koalitionsrechtlichen Streitigkeiten im Verhältnis zwischen Bürger und Staat zutreffend, denn das Abwehrrecht der Koalitionsfreiheit kann lediglich dann eine Abwehr gegen staatliches Handeln leisten, sofern der Staat die Koalitionen hindert, ihrer Tätigkeit nachzugehen; nicht aber hinsichtlich staatlicher Regulierung des Arbeitsrechts als solcher.[55]

Insgesamt fasst *T. Nipperdey* die Zeit bis 1918 wie folgt zusammen:

> *„Nimmt man nun zum Abschluß dieses Kapitels die Lage der Arbeiterschaft und die Auswirkungen der Sozialreformen noch einmal insgesamt in den Blick, so ergibt sich, […] ein ambivalentes Bild. […] Es ging den Arbeitern besser, die großen Lebensrisiken und die Unsicherheit als Grundfaktum der frühen proletarischen Existenz waren deutlich gemindert. Aber es stand viel aus – das Leben bewegte sich am Rande der Dürftigkeit; Arbeitslosigkeit, Alter, Tod oder schwere Krankheit, das waren immer noch existenzbedrohende Risiken;[…] Zu der Erfahrung der Verbesserungen gehörte auch die Erfahrung wie groß die Hindernisse, Mühseligkeiten, Verzögerungen bei allen „Fortschritten" waren. Und die Fortschritte weckten natürlich auch das Bewußtsein, daß man die Not nicht mehr wie ehedem apathisch hinzunehmen habe, sondern daß die eigene Lage zu ändern und zu verbessern war; […]"*[56]

[50] Hierzu näher: *J. Englberger*, Tarifautonomie im Deutschen Reich, S. 80ff.

[51] *E. Picker*, Ursprungsidee und Wandlungen des Tarifvertragswesens, in: Gedächtnisschrift für B. Knobbe-Keuk, S. 879 (885ff.).

[52] RGZ 73, 92 (99ff.).

[53] *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918 Band I, S. 367.

[54] BVerfGE 84, 212 (224): „Die Koalitionsfreiheit gilt für jedermann und alle Berufe. Sie ist also, obwohl historisch vor allem den Arbeitnehmern vorenthalten und von diesen erstritten, nicht als Arbeitnehmer-Grundrecht ausgestaltet, sondern steht ebenso Arbeitgebern zu. Insoweit schließt sich das Grundgesetz an die Regelung der Weimarer Verfassung (Art. 165) an."

[55] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 208.

[56] *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918 Band I, S. 372.

II. Weimarer Republik

Die Novemberereignisse des Jahres 1918 waren fruchtbarer Boden für die Grundlegung eines modernen Arbeitsrechts.[57] Die WRV kann als Konglomerat aus in der Republik brauchbaren Regelungen des Kaiserreichs und den sozialen Triumphen der Novemberrevolution angesehen werden.[58] Die betont arbeiterfreundliche Regierung und ein mit Sozialisten besetzter Rat der Volksbeauftragten (nach der Wahl zur Nationalversammlung unterstützt vom Zentrum und den Deutschen Demokraten) schufen ein für die Entwicklung eines modernen Arbeitsrechts sehr förderliches Umfeld.[59]

1. Die erste Verankerung der Koalitionsfreiheit in der WRV

Die historische Ausgangslage für die erstmalige verfassungsrechtliche Etablierung der Koalitionsfreiheit war somit äußerst günstig.[60] Das Novum, die erstmalige Verankerung des Koalitionsrechts,[61] erfolgte in der WRV mit den Bestimmungen in Art. 159 und 165.[62] Art. 159 WRV lautet:

> *„Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig."*

Art. 165 Abs. 1 WRV lautet:

> *„Die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt."*

---

[57] *F. Neumann*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Demokratischer und autoritärer Staat, S. 7 (31); *K.W. Nörr,* ZfA 1986, 403 (403).

[58] *M. Kloepfer,* Verfassungsgebung als Zukunftsbewältigung aus Vergangenheitserfahrung, S. 11; vgl. auch *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (9).

[59] *K.W. Nörr*, ZfA 1986, 403 (403); vgl. auch *D. Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, S. 154.

[60] Vgl. ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 16.

[61] In der Weimarer Republik konnte sich dieser Begriff jedoch nicht bei allen durchsetzen, teilweise wurde der Begriff der Vereinigungsfreiheit bevorzugt; siehe hierzu *G. Anschütz,* WRV-Kommentar, Art. 159, Anm. 5, S. 733.

[62] *W. Höfling*, in Sachs, GG, Art. 9 Rn. 50; *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 8; *O. Meisen*, Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, S. 10; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 155; *C. Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 33ff.; vgl. auch *K.W. Nörr*, ZfA 1986, 403 (407); *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 5.

Die Verfassungsartikel des Arbeitsrechts lassen sich dabei ihrem Wortlaut nach teils auf die Grundrechtsbewegung und teils auf die Rätebewegung zurückführen.[63] Getrennt von der Koalitionsfreiheit war die Vereinigungsfreiheit geregelt (Art. 124 WRV[64]). Die heutige Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) ähnelt ihrer Vorläufernorm (Art. 159 Satz 1 WRV) „aufs Haar", da diese dem Parlamentarischen Rat als Vorbild diente.[65] Art. 159 WRV richtete sich nicht nur als Schutzvorschrift gegen die öffentliche Gewalt, sondern auch gegen private Personen (vgl. Art. 159 Satz 2 WRV).[66] Art. 159 Satz 2 WRV enthielt somit bereits eine frühe Ausprägung der unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten, indem nicht nur gegenüber staatlichen Eingriffen, sondern auch gegenüber privatrechtlichen Beeinträchtigungen Schutz konzipiert wurde.[67] Die in der Weimarer Republik verankerte „unmittelbare Drittwirkung" unterstreicht die Annahme, dass die heutige Koalitionsfreiheit neben ihrem abwehrrechtlichen Gehalt ein soziales Schutzrecht beinhaltet. Denn die unmittelbare Drittwirkung in Form der Rechtswidrigkeit solcher Abreden und Maßnahmen sichert umso mehr vor Beeinträchtigungen der Koalitionsfreiheit.

Im Vergleich mit den Bestimmungen im Grundgesetz ist auffällig, dass der Verfassungsgeber der WRV eine eigenständige Vereinigungsfreiheit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber herausbildete,[68] welche sich unabhängig von der allgemeinen Vereinigungsfreiheit unter dem Abschnitt „Wirtschaftsleben" fand.[69] Weiterhin beinhaltete die damalige verfassungsrechtliche Verankerung einer Koalitionsfreiheit in Art. 165 WRV detaillierte Vorgaben hinsichtlich organisierter und funktionsmäßiger Existenz des Koalitionsverbands.[70] Daneben enthielt Art. 165 WRV eine Vielzahl exakter Bestimmungen, die die Arbeiter und Angestellten mit den Unternehmern in das Staatssystem der Weimarer Republik einbanden.[71] Zeitgleich wurden Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände erstmals zu Partnern ge-

[63] *K.W. Nörr,* ZfA 1986, 403 (407).

[64] Art. 124 WRV lautet: „Alle Deutschen haben das Recht, zu Zwecken, die den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, Vereine oder Gesellschaften zu bilden. Dies Recht kann nicht durch Vorbeugungsmaßregeln beschränkt werden. Für religiöse Vereine und Gesellschaften gelten dieselben Bestimmungen.
Der Erwerb der Rechtsfähigkeit steht jedem Verein gemäß den Vorschriften des bürgerlichen Rechts frei. Er darf einem Vereine nicht aus dem Grund versagt werden, daß er einen politischen, sozialen oder religiösen Zweck verfolgt."

[65] *F. Maschmann,* Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 7f.; vgl. auch *U. Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 233.

[66] *G. Anschütz,* WRV-Kommentar, Art. 159 Anm. 1, S. 731.

[67] *K. v. Lewinski,* JuS 2009, 505 (508); *K.W. Nörr,* ZfA 1986, 403 (412). Wortlaut des Art. 159 S. 2 WRV: „Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig."

[68] *H. Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 58ff.

[69] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 155; *R. Scholz,* Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 33ff.; *W. Höfling*, in Sachs, GG, Art. 9 Rn. 50; *H. Bauer*, in Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 8.

[70] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 155.

[71] *G. Anschütz,* WRV-Kommentar, Art. 165 Anm. 1ff., S. 742ff.

macht, die gemeinsam „gleichberechtigt an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen“ mitwirkten.[72] Art. 165 Abs. 2 – 6 WRV (mit Ausnahme der Tarifautonomie und Betriebsverfassung) kamen aber tatsächlich in der Weimarer Republik nie zur Anwendung.[73]

Über die dogmatische Frage, ob die Koalitionsfreiheit lex specialis zur Vereinigungsfreiheit war oder doch verselbstständigtes Grundrecht eigener Art, bestand kein Konsens.[74] Ebenso war die Frage, ob auch die Koalitionen selbst geschützt werden sollten, umstritten.[75]

2. *Verfassungsrechtliche Anerkennung der Koalitionen und ihrer Vereinbarungen*

Insgesamt war die Wirtschaftsverfassung der WRV (hauptsächlich im 5. Abschnitt „Wirtschaftsleben“ verortet)[76] wesentlich detaillierter und greifbarer ausgeformt als das Grundgesetz.[77]

Hervorzuheben ist die verfassungsrechtliche Anerkennung der Koalitionen[78] sowie ihrer Vereinbarungen und zugleich auch die Sicherung gegenüber dem System der Räte (Art. 165 Abs. 1 Satz 2 WRV).[79] Zum ersten Mal wurden dadurch Vereinbarungen von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite in der Verfassung, und nicht nur einfachgesetzlich, anerkannt.[80] Die Tarifautonomie als Befugnis zur kollektiven Normsetzung verfassungsrechtlich zu verankern und gegen Handlungen von Wirtschaftsräten und Betriebsräten zu sichern, war für die Vertreter des „Tarifgedankens“ (also vornehmlich die Gewerkschaftsführungen) ein besonderes Anliegen zu dieser Zeit[81] und gleichzeitig eine großer Erfolg.

---

[72] *W. Däubler*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, Rn. 6ff.; *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 8; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 33ff.; *H. Seiter,* Streikrecht und Arbeitskampfrecht, S. 58ff.; *O. Meisen*, Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, S. 11.

[73] *O.E. Kempen,* Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

[74] Befürworter der Koalitionsfreiheit als eigenständiges Grundrecht: *G. Anschütz,* WRV-Kommentar, Art. 159 Anm. 1, S. 731; *H.C. Nipperdey*, in: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung III, Art. 159 S. 401; Gegner einer solchen Betrachtungsweise: *W. Kaskel*, Arbeitsrecht, S. 232; siehe weitere Nachweise bei *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 213.

[75] Befürworter einer kollektiven Dimension: *H.C. Nipperdey*, in: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung III, Art. 159 S. 431; *F. Klein*, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, S. 319; Gegner eines auch kollektiven Verständnisses der Koalitionsfreiheit in der WRV: *E. Tatarin-Tarnheyden*, in: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung III, Art. 165 S. 534.

[76] Art. 151 WRV – Art. 165 WRV.

[77] *K. v. Lewinski,* Jus 2009, 505 (509).

[78] *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 20.

[79] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 211, 188ff.; vgl. auch *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (9).

80 Art. 165 I S. 2 WRV: „Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt.“

[81] *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

In der Zeit der Weimarer Republik entstand eine neue Ära des Arbeitsrechts. Sie zeichnete sich durch den Durchbruch des kollektiven Arbeitsrechts und die Anerkennung der konstituierenden Merkmale des kollektiven Arbeitsrechts, wie Kollektivverbände,[82] Kollektivautonomie und die Normenqualität der kollektiven Vereinbarungen aus.[83] Hieraus folgte die Verankerung und verfassungsrechtliche Anerkennung der Koalitionsbestandsgarantie und der Betätigungsgarantie.[84]

Fast zeitgleich erfolgte die einfachgesetzliche und rechtstatsächliche Anerkennung von Kollektivautonomie und Koalitionen.[85] 1916 wurden die Gewerkschaften von den für politische Vereine bestehenden beschränkenden Regelungen befreit.[86] Mit dem Stinnes-Legien-Abkommen (oder auch November-Abkommen) vom 15.11.1918 erkannten die Arbeitgeber die Gewerkschaften als Repräsentanten der Arbeiter- und Angestelltenschaft und die Tarifverträge an, womit die Gewerkschaft endgültig zu den bestehenden Wirtschaftsmächten aufschlossen.[87] Gewerkschaften wurden ab diesem Zeitpunkt nicht mehr nur geduldet, sondern die Unternehmer versprachen, mit ihnen zusammenzuarbeiten und dadurch Arbeitsbedingungen gemeinsam tarifvertraglich zu schaffen.[88]

3. Konstitutionalisierung der Tarifautonomie

Die Anerkennung der Kollektivautonomie bezweckte die Statuierung der normativen Wirkung von Tarifverträgen, welche am 23.12.1918 mit der Tarifvertragsordnung (TVVO bzw. TVO) und dort insbesondere in § 1 niedergelegt wurde.[89]

---

[82] Hinsichtlich der Frage, ob auch die Koalition selbst unmittelbar durch Art. 159 WRV geschützt wurde, herrschte überwiegend Einigkeit, dass Art. 159 WRV sie unmittelbar schütze; siehe hierzu näher: *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 214. Art. 165 WRV schützte die Koalitionen aber jedenfalls, denn nach Art. 165 S. 2 WRV werden „ die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen" anerkannt. Insofern ist der Streit bei Art. 159 WRV in den meisten Fällen nicht streitentscheidend, da den Koalitionen unmittelbarer verfassungsrechtlicher Schutz jedenfalls aus Art. 165 S. 2 WRV zukommt.

[83] *K.W. Nörr*, ZfA 1986, 403 (411).

[84] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 231.

[85] *K.W. Nörr*, ZfA 1986, 403 (411); siehe auch *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III, S. 69.

[86] *K.W. Nörr*, ZfA 1986, 403 (411).

[87] *H.A. Winkler*, Geschichte des Westens – Die Zeit der Weltkriege 1914–1945, S. 137; *F. Neumann*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Demokratischer und autoritärer Staat, S. 7 (32); *K.W. Nörr*, ZfA 1986, 403 (411); *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 5; *K. v. Lewinski,* JuS 2009, 505 (509); *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (295); *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III, S. 69.

[88] *F. Neumann*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Demokratischer und autoritärer Staat, S. 7 (32).

[89] *K.W. Nörr*, ZfA 1986, 403 (411, 430).

Eine weitere große Errungenschaft der Weimarer Republik ist somit, dass die Tarifautonomie zu einem „autonom-objektiven Element" der Weimarer Verfassung wurde, konstitutionalisiert aus dem Misstrauen gegenüber dem staatlichen Willensbildungsprozess.[90] Keineswegs stellt die Tarifautonomie zu dieser Zeit noch ein „Notinstrument"[91] dar, sondern Tarifautonomie ist seit der und durch die Weimarer Reichsverfassung als ein grundrechtlich geschützter Bereich kollektiver Selbstorganisation zu verstehen, welcher wechselseitig zum einen gegenüber der Privatautonomie und zum anderen gegenüber dem neuen Wohlfahrtsstaat wirkt.[92]

Besonders fortschrittlich war dabei hinsichtlich des Verhältnisses und der Zusammenarbeit der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberkoalitionen die verfassungsrechtliche Regelung, wonach „gleichberechtigt in Gemeinschaft […] an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken" sei (Art. 165 WRV). Das Verhältnis und die Zusammenarbeit der Vereinigungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern war deshalb von Verfassungs wegen als gleichberechtigt bestimmt, da beide Tarifvertragsparteien „in Gemeinschaft" an der Findung fairer Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zusammenarbeiten sollten.

Etwas abgeschwächt wird dieses historische Argument durch die Tatsache, dass die Normqualität bzw. der Status der Koalitionsfreiheit in der WRV ein anderer war als der Status, den Art. 9 Abs. 3 GG innehat. Denn die Bindung der öffentlichen Gewalt an die Grundrechte war zur Zeit der Weimarer Republik eine Streitfrage.[93] Grundrechte wurden zum Teil lediglich als bloße Programmsätze angesehen,[94] die Verfassung als gleichrangig mit anderen Gesetzen[95]. Einigkeit herrschte hierüber in keinster Weise, auch wenn vereinzelt versucht wurde eine Bindung der öffentlichen Gewalt an die Grundrechte und eine Prüfungskompetenz des Reichsgerichts hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit voranzutreiben[96].

Konkret zur Koalitionsfreiheit in der WRV wird zu Art. 159 WRV vertreten, dass sie keinen bloßen Programmsatz darstelle, „sondern aktuelles Recht mit derogatorischer Kraft"[97] und im gleichen Kommentar zu Art. 165 WRV, dass er

---

[90] *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

[91] So aber *E. Picker*, FAZ 11.07.1998 (Nr. 158), S. 15.

[92] *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

[93] *B. Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 16ff.

[94] *G. Anschütz*, WRV-Kommentar, Art. 76 Anm. 1ff., S. 401ff.; Vor allem in den ersten Jahren der Weimarer Republik wurde den Grundrechten der WRV eine verbindliche Normqualität verwehrt – stattdessen wurden sie lediglich als Programmsätze verstanden, siehe *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 59 S. 122; *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III, S. 110. Im Laufe der Zeit nahm jedoch die Auffassung zu, dass auch die Grundrechte der WRV unmittelbar geltenden Regelungen seien; *G. Anschütz*, WRV-Kommentar, Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen, S. 514f.

[95] *J. Hatschek*, Deutsches und preußisches Staatsrecht Band I, S. 27.

[96] *R. Thoma*, in: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung I, S. 9.

[97] *G. Anschütz*, WRV-Kommentar, Art. 159 Anm. 1, S. 731; vgl. auch *H. Potthoff,* Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, S. 68

„nur Gesetzgebungsprogramm darstelle, also Zukunftsrecht“[98]. Beiden Ansichten kann nicht (unumwunden) die Überzeugung für die Grundrechtsbindung der hoheitlichen Gewalt an die Koalitionsfreiheit entnohmen werden.

Art. 159 WRV wurde zwar nach wohl herrschender Meinung der Rang eines Grundrechts bzw. „objektiven Gesetzesrechts“ zugesprochen,[99] allerdings ist dies im Lichte des damaligen Verständnisses von Grundrechten systemimmanent zu bewerten. Denn die Staatsgewalten waren in der Weimarer Republik nicht an die Grundrechte gebunden.[100]

Schließlich sei noch erwähnt, dass bereits zur Zeit der Weimarer Republik hinsichtlich des Verständnis der Art. 159 und 165 WRV in grundrechtsystematischer Hinsicht unterschiedliche Ansichten über die in den Artikeln enthaltenen grundrechtlichen Gewährleistungen vorherrschten, insbesondere wurden die objektivrechtlichen Gewährleistungsgehalte der Art. 159 und 165 Abs. 1 WRV als Einrichtungsgarantien verstanden.[101] Dies zeigt, dass bereits die Vorläufernormen der Koalitionsfreiheit im Grundgesetz die Frage auslösten, welche objektivrechtlichen Gewährleistungen für die objektive Werteordnung[102] ihr zu entnehmen seien.

[98] *G. Anschütz*, WRV-Kommentar, Art. 165 Anm. 1ff., S. 745ff.

[99] RGZ 111, 199 (201); *G. Anschütz*, WRV-Kommentar, Art. 159 Anm. 1ff. , S. 731ff.; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 212f m. w. N.

[100] Vgl. *B. Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 16ff.; vgl. auch *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 27; *M. Sachs*, in: Stern, StR III/1; § 65 S. 482ff.; *R. Dietz*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 425.

[101] Bereits in der Weimarer Republik wurde vertreten, dass Art. 159, 165 I WRV besondere Grundrechtsgehalte hätten. So wurde von *F. Neumann*, Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, S. 26ff., 117 vertreten, dass Art. 165 I S. 2 WRV und der darin enthaltenen Institutsgarantie eine dreifache Bedeutung zukomme: „einmal die Anerkennung ihrer Existenz [der Koalitionen] ohne status quo Garantie gegenüber anderen Koalitionen, sodann die Anerkennung ihrer rechtlichen Natur [der Koalitionen], schließlich die Anerkennung zu bestimmten Aufgaben“. Die Ansicht, dass der Tarifvertrag als Rechtsinstitut verfassungsrechtlich geschützt sei wurde auch von *E. R. Huber*, AöR 1933, 1 (48) geteilt. Allerdings hielt er die Anerkennung der Koalitionen für eine korporative Garantie. Eine solche korporative Garantie bzgl. der Koalitionen in Art. 165 S. 2 WRV ziele darauf ab, in den demokratischen Volksstaat eingegliedert zu werden. Die Anerkennung der Koalitionen war seiner Meinung nach eine staatsbezogene, institutionelle Garantie, siehe *E. R. Huber*, AöR 1933, 1 (74ff.). *C. Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54, S. 140 (171) vertrat die Auffassung, dass theoretisch die Anerkennung der Koalitionen „zu einer institutionellen Garantie weiter ausgebaut“ werden könnte, diesen Garantiegrad entnahm er aber noch nicht Art. 165 S. 2 WRV. *F. Klein*, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, S. 318ff. dagegen sah die Anerkennung der Koalitionen nicht als institutionelle Garantie an, da die Organisationen keine Normkomplexe darstellten, dafür sah er aber die Anerkennung des Tarifvertrages als Rechtsinstitut. Siehe hierzu eingehend und weiterführend *U. Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 233ff.

[102] Die abwehrrechtliche Grundrechtstheorie, die institutionelle Grundrechtstheorie und die Werttheorie der Grundrechte sind somit schon in der Weimarer Staatsrechtslehre in ihren Ansätzen entwickelt worden, *B. Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 19.

4. *Zwischenergebnis*

Es war somit in der Weimarer Republik sowohl die kollektive Betätigungsfreiheit der Koalitionen als auch die Tarifautonomie verfassungsrechtlich geschützt.[103] Die Tarifautonomie stand, wie dargelegt, schon in der Zeit der Weimarer Republik auf einem ausgeprägten Regelungsfundament.[104]

Die Intention der kollektiven Koalitionsfreiheit, d.h. die Überwindung des Kräfteungleichgewichts zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, war maßgeblich für das damalige Verständnis der Tarifautonomie.

Hinsichtlich der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien war die verfassungsrechtliche Verankerung der Koalitionsfreiheit in der Weimarer Reichsverfassung wesentlich eindeutiger als die heutige Fassung der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG. Art. 165 Abs. 1 Satz 1 WRV spricht sich für ein gleichberechtigtes Verhältnis hinsichtlich der Zusammenarbeit der Interessenvereinigungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus. Somit waren die Bestimmungen zur Koalitionsfreiheit in der WRV bezüglich der Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien sogar im Hinblick auf die Normativität einer gleichberechtigten Zusammenarbeit der gegensätzlichen Lager detailreicher als das Grundgesetz es in Art. 9 Abs. 3 GG ist.

Die Koalitionsfreiheit war also so, wie sie heute verfassungsrechtlich verstanden wird, bereits in der Weimarer Republik angelegt. Ist man der Auffassung, dass die Artikel der WRV die Vorläufernormen der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG sind und dass der Gewährleistungsgehalt aus Art. 9 Abs. 3 GG keineswegs hinter dem Gewährleistungsgehalt der Artikel der WRV zurückstehen darf,[105] so kommt man bei historischer Auslegung der Koalitionsfreiheit unweigerlich zu dem Ergebnis, dass eine gleichberechtigte Zusammenarbeit der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften verfassungsrechtlich intendiert ist, auch wenn für die Grundrechte in der WRV streitig war, ob die öffentlichen Gewalt an sie gebunden war.

III. Nationalsozialismus

Während der Zeit des Nationalsozialismus fanden die schon für die damalige Zeit „modernen“ Ausprägungen der Koalitionsfreiheit der Art. 159 und 165 WRV keine Zustimmung.[106] Bereits seit 1931 funktionierte das Tarifvertragssystem na-

---

[103] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 237.

[104] *O.E. Kempen*, in: Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius, TVG, Grundlagen Rn. 25ff.; .*D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 256.

[105] So vertreten bereits in BVerfGE 4, 96 (101f.).

[106] *O. Meisen*, Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, S. 11; *K. v. Lewinski,* JuS 2009, 505 (510); *R. Dietz,* in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 425; *H. Bauer* in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 9.

hezu nicht mehr.[107] 1933 wurde das Koalitionsrecht durch das Arbeitsordnungsgesetz ersetzt.[108] Die Tarifautonomie wurde de facto abgeschafft; die Beseitigung der Koalitionen und der autonomen Gestaltung des Arbeitslebens waren Kernziele der Nationalsozialistischen Arbeitsmarktpolitik.[109] Zwar wurden in der Zeit des Nationalsozialismus jegliche koalitionsrechtliche Gewährleistungen beseitigt, dennoch galt wie selbstverständlich nach der Zeit des Nationalsozialismus, dass (scheinbar nahtlos) an die Rechts- und Verfassungstradition vor 1933 anzuknüpfen sei.[110] So wurde auch von den britischen und amerikanischen Besatzungsmächten die Rechts- und Verfassungstradition vor 1933 als Basis für den neu aufzubauenden Rechtsstaat angesehen.[111] Aufgrund dieser Einigkeit, dass an die Rechtstradition von vor 1933 anzuknüpfen sei, ist das TVG am 09.04.1949, noch vor dem Grundgesetz,[112] im „Vereinigten Wirtschaftsgebiet“[113] in Kraft getreten, das im Wesentlichen heute noch gilt.[114]

Nach dem 2. Weltkrieg behauptete sich somit die Auffassung, dass innerhalb diktatorischer Systeme Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie nicht bestehen können; Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie aber regelmäßig festigende Faktoren für demokratische Systeme sind.[115]

O.E. Kempen fasst dies treffend wie folgt zusammen:

> *„Gerade die Auflösung der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände durch die Nationalsozialisten hat diese Einschätzung der Koalitionsautonomie als eines der konstituierenden Elemente demokratischer Verfassungen 1933 tragisch bestätigt.“*[116]

IV. Grundgesetz

Im Grundgesetz steht die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG im ersten Teil bei den Grundrechten. Der Parlamentarische Rat war bestrebt, nach den historischen Erfahrungen der Zeit des Nationalsozialismus, in der die Grundrechte nicht „gesetzesfest“ waren und deren Disposition zu großen Teilen zur Zerstörung der Weimarer Republik beitrug, die Grundrechtsgehalte besonders zu schützen und

---

[107] *F. Neumann*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Demokratischer und autoritärer Staat, S. 7 (33).

[108] Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.01.1934, siehe *R. Dietz*, Gesetz zur Ordnung der nationalen Ordnung, 7. Auflage, Berlin 1942; *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 9.

[109] Näher zu Hitler und der Gewerkschaftsfrage: *M. Kittner*, Arbeitskampf, S. 509ff.

[110] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 16; *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 20.

[111] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 16.

[112] *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

[113] Das „Vereinigte Wirtschaftsgebiet“ war das Gebiet Deutschlands, welches nach dem Ende des 2. Weltkrieges sowohl der britischen als auch der US-amerikanischen Besatzungsmacht unterlag, die sich zur sog. „Bizone“ zusammenschlossen.

[114] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 16; auch dazu *H. Oetker*, in: Wiedemann, TVG, Geschichte des Tarifvertragsgesetzes Rn. 19ff., 34ff., 58ff.

[115] Vgl. *O.E. Kempen,* Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

[116] *O.E. Kempen*, Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

abzusichern.[117] Hierzu wurden mehrere die Grundrechte schützende Sicherungen festgesetzt: Art. 1 Abs. 3 GG[118] und 20 Abs. 3 GG[119] sowie die Installation des Bundesverfassungsgerichts.[120]

Nach Art. 1 Abs. 3 GG sind Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an die nachfolgenden Grundrechte gebunden. Demnach darf die pouvoir constitué Grundrechtschutzbereiche nicht ohne weiteres, sondern grundsätzlich nur aufgrund eines verfassungsrechtlich manifestierten Gesetzesvorbehalts einschränken.[121] Unterstützt wird Art. 1 Abs. 3 GG noch durch Art. 20 Abs. 3 GG. Zusätzlich wird der absolut staatsfreie individuelle Persönlichkeitsbereich noch einmal durch die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG[122] im Sinne einer materiellen Grenze[123] der Einschränkbarkeit geschützt.[124]

Zu diesen besonders befestigten Grundrechten des Grundgesetzes gehört auch die in Art. 9 Abs. 3 GG statuierte Koalitionsfreiheit, welche ihrem Wortlaut nach sehr an Art. 159 WRV erinnert.[125]

Die Einführung der Koalitionsfreiheit selbst stand zwar außer Frage, jedoch wurden etliche wichtige Fragen, wie beispielsweise die Festschreibung der negativen Koalitionsfreiheit[126] oder die verfassungsrechtliche Anerkennung des Streikrechts,[127] kontrovers diskutiert.[128] Dies und die angestrebte staatliche Neutralität innerhalb des Koalitionswesens, die mit der Koalitionsfreiheit transportiert werden sollte, führten dazu, dass die Urheber des Grundgesetzes bei der Gestaltung der Koalitionsfreiheit Zurückhaltung wahrten.[129] Diese Zurückhaltung war auch Ausdruck der intendierten offenen Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialverfassung.[130]

---

[117] *O.E. Kempen,* Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

[118] Art. 1 Abs. 3 GG lautet: „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht."

[119] Art. 20 Abs. 3 GG lautet: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden."

[120] *B. Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 20.

[121] *E. Denninger*, in: AK-GG, Vorb. Art. 1 Rn. 3ff.

[122] Art. 19 Abs. 2 GG lautet: „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden."

[123] *B. Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 21 differenziert Art. 19 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 2 GG und sieht in Art. 19 Abs. 1 GG eine formelle und in Art. 19 Abs. 2 GG eine materielle Grenze für die mögliche Beschränkung der Grundrechte.

[124] *B. Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 21; *O.E. Kempen,* Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

[125] *O.E. Kempen,* Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

[126] Siehe hierzu näher unter JöR 1951, 119ff.

[127] Siehe hierzu näher unter JöR 1951, 118ff. sowie *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293(S. 293ff.).

[128] *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 10.

[129] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 155.

[130] *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 191ff.; *R. Scholz*, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, S. 153ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 158f. m. w. N.

Mittlerweile ist Art. 9 Abs. 3 GG tragende Säule der grundgesetzlichen Arbeits- und Wirtschaftsverfassung, da laut BVerfG durch die Koalitionen und ihre ausgehandelten Tarifverträge eine „autonome Ordnung des Arbeitslebens" geschaffen wird.[131] Über die von den Tarifvertragsparteien auszuhandelnden und festzusetzenden Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen „sollen die Beteiligten selbst und eigenverantwortlich, grundsätzlich frei von staatlicher Einflussnahme, bestimmen".[132]

Staatsferne Autonomie- und Gestaltungsfreiheit durch Kollektivverbände bedeutet aber weder Gleichgültigkeit noch Regelungsverbot.[133] Das Gebot staatlicher Neutralität hinsichtlich der Regelungen der Tarifvertragsparteien bedeutet vielmehr staatliche Zurückhaltung gegenüber einem intakten Koalitionsprozedere.[134] Die staatliche Neutralität steht dabei unter der Prämisse der Parität zwischen den Koalitionspartnern.[135] Im Falle einer Bedrohung der Funktionsfähigkeit des Koalitionsverfahrens, wandelt sich die Neutralitätspflicht des Staates zu einer „positiven Neutralitätspflicht", welche den Staat somit zu aktivem Handeln berechtigt und verpflichtet.[136] Jenseits dieser Fälle der „positiven Neutralitätspflicht" ist der Staat lediglich anhand einer Missbrauchskontrolle zur Beschränkung des Koalitionsverfahrens befugt.[137] Hierauf ist noch aus dogmatischer Sicht einzugehen.

Historisch nicht überlebt hat die ausdrückliche Anerkennung der Koalitionen sowie ihrer Vereinbarungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, wie sie in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 WRV geregelt waren. Nach dem BVerfG sollte die im Grundgesetz verankerte Koalitionsfreiheit aber keineswegs hinter dem Standard der Weimarer Republik zurückstehen; dies wird bereits in der ersten bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung zur Koalitionsfreiheit deutlich.[138]

Angemerkt sei weiter, dass die bereits von den Alliierten genehmigte Tarifautonomie der „klassische" Zweck der Koalitionsfreiheit war und somit durchaus vom Willen des Verfassungsgebers umfasst war.[139] Der Tarifvertrag, welcher von den Koalitionen beschlossen werden sollte, sollte nach dem Willen des Grundge-

---

[131] BVerfGE 44, 322 (341); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 155.

[132] BVerfGE 50, 290 (367).

[133] Vgl. auch *BAGE* 1, 291 (308); 14, 52 (59); *H. Seiter,* Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 173ff.; für weitere Nachweise siehe *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 283f.

[134] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 283.

[135] *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 353: „Dies bedeutet zunächst, daß der Staat die bestehende Waffengleichheit achten muß; deren Verletzung enthielte ein unzulässiges Sondergesetz. Dies bedeutet weiterhin, daß der Staat bestehende Ungleichheiten ausgleichen muß, sofern es sich um gravierende Verschiebungen des gegenseitigen Gleichgewichts handelt."

[136] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 284.

[137] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 284.

[138] Dies wird insbesondere durch die Beantwortung der Frage, ob Art. 9 Abs. 3 GG ein Doppelgrundrecht darstellt, deutlich; siehe BVerfGE 4, 96ff.

[139] *O.E. Kempen,* Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

setzgebers frei von staatlicher Einflussnahme sein.[140] Hintergrund war die Annahme, so am besten die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer bei Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln ausgleichen zu können.[141] Somit reflektiert die heutige Fassung von Art. 9 Abs. 3 GG die historischen Entstehungsgründe, die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber sowie die diesbezügliche staatliche Untätigkeit.

Ausdruck dessen, dass das Weimarer Tarifrecht nach der NS-Zeit reinstalliert werden sollte,[142] war auch das Inkrafttreten des Tarifvertragsgesetzes am 09.04.1949,[143] welches einfachgesetzlich die fortschrittlichen Leitprinzipien der Weimarer Republik aufnahm.[144]

Die „Entwicklung vom ständisch-korporativen zum freiwilligen, bürgerlichen Berufsverband“[145] als historisches Argument ins Feld führend, vertritt *M. Kemper* die Ansicht, die primäre Funktion der Koalitionsfreiheit sei diejenige eines liberalen Freiheitsrechtes im Hinblick auf Bestandsbedrohungen.[146] Ebenso stellt das BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil fest, dass die „Koalitionsfreiheit in erster Linie Freiheitsrecht“[147] sei.

Diese Auslegung ist aber insofern verkürzt, als dass die entstandenen Verbände weniger gegen staatliche Reglementierungen aufbegehrten, als vielmehr gegen das Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Fernerhin führt die Ansicht, die Koalitionsfreiheit als Abwehrrecht zu begreifen, nicht automatisch zu einer Negierung anderer objektivrechtlicher Gewährleistungsgehalte der Koalitionsfreiheit.

---

[140] *O.E. Kempen,* Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

[141] BVerfGE 84, 212 (229): „Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist die grundlegende Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, daß Arbeitskampfmaßnahmen der Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts bei Tarifauseinandersetzungen (Verhandlungsparität) dienten und an diesem Zweck zu messen seien. […] Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluß von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingen zu ermöglichen.“; dieser Formulierung entgegnet *M. Coester*, dass das BVerfG besser formuliert hätte „Die Zulassung von Arbeitskampfmaßnahmen durch die Rechtsordnung dient der Herstellung eines grundsätzlichen, strukturellen Machtgleichgewichts beider Seiten.“, siehe instruktiv *M. Coester*, Jura 1992, 84 (88); *O.E. Kempen,* Sonderbeilage NZA 2000, 7 (10).

[142] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 244.

[143] Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949 (Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes = WiGBl. 1949 Nr. 11, S. 55f.).

[144] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 244.

[145] *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 3.

[146] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 7, 10, 158; *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 3 m. w. N.

[147] BVerfGE 50, 290 (367).

Gerade aus der Entstehungsgeschichte der Koalitionsfreiheit, dem Ringen der Arbeitnehmervereinigungen mit den Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden vor allem um Lohngerechtigkeit, geht hervor, dass die Koalitionsfreiheit sowohl als liberal verfasstes Freiheitsrecht als auch als Grundrecht mit sozialer Zwecksetzung anzusehen ist.[148] Der Weg zur jetzigen Fassung der Koalitionsfreiheit lässt sich beschreiben als ein sukzessiver Prozess, bei dem maßgeblich autonome Verbände an der Schaffung von ausgeglichenen Arbeitsbedingungen mitgewirkt haben.[149] Die heutige Fassung des Art. 9 Abs. 3 GG basiert auf einer wechselhaften Geschichte,[150] was sich ebenso in der Vielschichtigkeit der Koalitionsfreiheit widerspiegelt.

Die Koalitionsfreiheit kann durchaus im Verhältnis zwischen Bürger und Staat als Abwehrrecht gelten. Hinsichtlich des Verhältnisses der Verbände untereinander kann aus dem Abwehrrecht der Koalitionsfreiheit für die Untersuchung nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifparteien aber kein Nektar gesogen werden.

Auf der horizontalen Ebene, im Verhältnis zwischen den Koalitionen, ist die kollektive Koalitionsfreiheit somit Ausdruck eines Systems assoziativer Selbsthilfe[151]. In dieser Konstellation geht es zuvörderst um die Regelung eigener Angelegenheiten der Kollektivverbände. Der Staat hat seine Neutralität zu wahren, aber gleichzeitig die Voraussetzungen zu schaffen und ein funktionierendes Koalitionssystem zu ermöglichen. Auf der vertikalen Ebene, im Verhältnis zwischen Koalition bzw. Koalitionsmitglied und Staat, ist die Koalitionsfreiheit vor allem ein Abwehrgrundrecht, welches die Koalitionen vor Eingriffen des Staates in ihren Grundrechtsbereich schützen soll.

Für die Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifparteien erscheint es ratsam, aufgrund der Frage und der Betroffenen vor allem den objektivrechtlichen Gewährleistungsgehalt der Koalitionsfreiheit zu untersuchen, da sich aus diesem die Vorgaben für die Ausgestaltung eines funktionsfähigen Tarifsystems erschließen können. Diese These gilt es allerdings im Weiteren zu überprüfen.[152]

---

[148] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 157.

[149] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 256.

[150] *O. Meisen*, Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, S. 10.

[151] Ähnlich *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 200, 208.

[152] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. II. 4.

B. Zwischenergebnis

Die historische Entwicklung der Koalitionsfreiheit bis zur heutigen Fassung des Art. 9 Abs. 3 GG lässt folgendes Fazit zu:

Entstehungsgrund sowie bis heute erklärtes Ziel der Koalitionen war und ist die möglichst effektive Verwirklichung des Schutzes der Arbeitnehmer gegen einen Missbrauch der Überlegenheit der Arbeitgeber.[1] Der Tarifvertrag und seine maßgeblichen Funktionen bildeten sich bereits im 19. Jahrhundert aufgrund des Bedürfnisses nach fairen Arbeitsbedingungen seitens der Arbeitnehmer aus.

Die Überwindung der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer gegenüber ihren Arbeitgebern im Wege des Aushandelns der Arbeitsbedingungen durch eine eigene kollektive Interessenvertretung sollte zu einem annähernd ausgeglichenen Verhältnis zwischen den Vertragspartnern führen. Da formale rechtliche Gleichheit kein Garant für die Verhinderung von Ungleichheit war,[2] musste um des Freiheitssystems der Privatautonomie willen, eine systemische Korrektur gefunden werden.

Demnach kann aus der historischen Auslegung geschlossen werden, dass die Parität zwischen den Vertragsparteien, welche ihre zweckgebundene Freiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ausüben, Voraussetzung und Ziel der Koalitionsfreiheit zugleich ist. Dies wird im Hinblick auf das Verständnis der Koalitionsfreiheit in der Weimarer Republik deutlich.

Denn folgende Intention der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG kann herausgelesen werden:

Historisch entwickelte sich die Koalitionsfreiheit weniger aus der Auseinandersetzung der strukturell unterlegenen Arbeitnehmerschaft gegen den Staat, sondern im Wege des Kampfes um staatlichen Schutz und im Zuge der Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmerschaft und Arbeitgebern. Dies hebt den institutionellen Charakter der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG stark hervor. Art. 9 Abs. 3 GG soll den Grundrechtsadressaten ein System zur Bestimmung der Arbeitsbedingungen ermöglichen, welches unabhängige Koalitionen als gleichberechtigte Partner hat, um konsensual Arbeitsregelungen angemessen zu bestimmen.

---

[1] *K.H. Biedenkopf*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in: Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), S. 97 (S. 113); *K.H. Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, S. 75 m. w N.

[2] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 4).

Auf Augenhöhe zu verhandeln, bedeutet gleichzeitig, dass das Kräfteverhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien nicht verzerrt werden darf. Denn das durch Art. 9 Abs. 3 GG vorgesehene Kollektivsystem sieht eine durch den Staat zu gewährleistende Gleichberechtigung vor, um den Grundrechtsberechtigten ihre Freiheit zu gewähren.

Gleichzeitig lässt sich aufgrund der schon in der WRV intendierten und manifestierten unmittelbaren Drittwirkung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit ableiten, dass auch die Tarifvertragsparteien gegenseitig zu fairem Verhalten angehalten sind und werden müssen. Denn wie könnte die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber überwunden werden, wenn nicht beide Seiten zu fairem Verhalten zueinander bestimmt werden würden?

Tarifautonomie, d.h. zweckgebundene Freiheit durch Koalitionen ausüben zu können, kann nur dann im Sinne eines freiheitlichen Koalitionsverfahrens erfolgen, wenn beide Seiten die gleichen Ausgangsbedingungen haben, die ihnen zu ihren Verhandlungserfolg oder Verhandlungsmisserfolg verhelfen könnten. Demnach muss durch die Rechtsordnung eine Art rechtliche Infrastruktur für die Ausübung der Koalitionsfreiheit geschaffen werden: einerseits eine solche Freiheitsausübung, wie sie das Grundgesetz garantiert, erst zu ermöglichen und andererseits die Beteiligten am Koalitionswesen ausreichend vor staatlicher Einflussnahme und staatlichen Eingriffen zu schützen.

Hinsichtlich Eingriffen des Staates in die Koalitionsfreiheit der Koalitionen oder Koalitionsmitglieder, also im Verhältnis zwischen Staat und Koalition, erscheint Art. 9 Abs. 3 GG vor allem als Abwehrrecht der Koalitionen und Koalitionsmitglieder gegenüber dem Staat.[3] Jedoch kann auf die Frage nach der verfassungsrechtlich intendierten Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, eine Antwort vor allem durch die Ergründung des Koalitionssystems als Freiheitsgewährleistung gefunden werden.

Die Koalitionsfreiheit und die durch sie geschützten Kollektivverbände, die Tarifautonomie und Kollektivvereinbarungen der Tarifvertragsparteien sind vielmehr als feststehende und beständige Einrichtungen der Arbeits- und Wirtschaftsordnung anzusehen. Bei – wie hier – Fragestellungen, die das Verhältnis

[3] Das Bundesverfassungsgericht äußerte sich im Mitbestimmungsurteil zur Koalitionsfreiheit und ihrem abwehrrechtlichen Charakter wie folgt, BVerfGE 50, 290 (367): „Wie der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG und die geschichtliche Entwicklung zeigen, ist die Koalitionsfreiheit in erster Linie ein Freiheitsrecht". Allerdings wird diese häufig zitierte Passage des Mitbestimmungsurteils häufig aus dem Zusammenhang gerissen bzw. nicht ausreichend kontextualisiert. So hatte das Bundesverfassungsgericht in der Sache zu entscheiden, ob das Mitbestimmungsgesetz von 1976 mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Dies wurde bejaht. In dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 sah das Bundesverfassungsgericht somit keine Verletzung der Grundrechte. Es ging also um die Verfassungsmäßigkeitsprüfung eines Gesetzes. Die Fallgestaltung war im Bürger-Staat-Verhältnis zu verorten und kann somit zu recht erst einmal aus der abwehrrechtlichen Dimension behandelt und gelöst werden. Der Verweis darauf, dass sich die Koalitionsfreiheit geschichtlich als abwehrrechtliches Freiheitsrecht entstanden ist, muss allerdings differenziert werden.

zwischen der Arbeitnehmer- und der Arbeitgeberkoalition betreffen, also regelmäßig vor allem die Ausgestaltung des Tarifvertragswesens, erscheint die Koalitionsfreiheit überwiegend im Sinne eines Grundrechts, welches durch die Tarifvertragsparteien als assoziative Selbsthilfe ausgeübt wird, aber dessen Rahmenbedingungen zur Grundrechtsausübung durch den Staat gewährleistet werden müssen.

Somit kann bereits aus der historischen Auslegung der Koalitionsfreiheit geschlossen werden, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien nicht durch die Durchleuchtung der Koalitionsfreiheit in ihrer abwehrrechtlichen Komponente zu ermitteln sind. Vielmehr müssen die Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifparteien durch eine Untersuchung der mit der Koalitionsfreiheit intendierten Ausgestaltung bzw. Konzeption des Koalitionswesens und der Tarifautonomie gefunden werden.[4]

[4] Vgl. auch *F. Maschmann,* Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 11: „Allerdings unterließ das Gericht, den dogmatischen Gehalt dieser „Garantieschicht" weiter auszudeuten. Fest stand nur, daß das Grundrecht, beschränkt auf seinen liberalen Abwehrgehalt, leerlaufen würde, und das verlangte der Rechtsprechung zufolge nach Schaffung ‚der Rechtsinstitute und Normenkomplexe, die erforderlich sind, um die grundrechtlichen Freiheiten ausüben zu können' (BVerfGE 50, 290 (368)."

Drittes Kapitel.
Maßstabsbildung für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien aus der Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG

Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG ist der (fast ausschließliche) verfassungsrechtliche Bestand und die Quelle[1] für die Bestimmung des materiellen Gewährleistungsgehalts der Koalitionsfreiheit. Zuweilen wurden die Grundrechte im Grundgesetz und somit auch Art. 9 Abs. 3 GG als „Lapidarformeln"[2] und „Leerformeln, unter die fast beliebige Sachverhalte subsumierbar sind"[3] bezeichnet. Dabei ist seine zukunftsoffene Formulierung („Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen") Stärke und Schwäche der Grundrechtsinterpretation zugleich.

---

[1] Vgl. ErfK- *T. Dieterich*, GG, Art. 9 Rn. 15: „Das Grundgesetz umreißt die Koalitionsfreiheit in einem einzigen Satz".

[2] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1976, 2089 (1091): „Lapidarformeln, die – oft aus der Verfassungstradition überkommen – für etwas stehen, das in ihrer Wortfassung keinen annähernden Ausdruck findet"; weitere Beispiele siehe bei *H. Bethge*, Der Staat 1985, 351 (355f.).

[3] *K.-D. Opp*, Soziologie im Recht, S. 124.

A. Grundrechtstheoretischer Rahmen für die Auslegung der Koalitionsfreiheit

Die historische Auslegung ergab bereits, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien vor allem durch die Bestimmung des objektivrechtlichen Gehalts der Koalitionsfreiheit zu ermitteln sind, d.h. die der Koalitionsfreiheit immanenten Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung und Konzeption des Koalitionswesens und der Tarifautonomie durch die Rechtsordnung sind maßgebend.

Für die Untersuchung der verfassungsrechtlich intendierten Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien bei Ausübung ihrer Tarifautonomie ist somit insbesondere der objektivrechtliche Gehalt der Koalitionsfreiheit näher zu betrachten. Denn Fragestellungen, welche das Verhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien betreffen, können nicht durch eine Betrachtung der Koalitionsfreiheit als reines Abwehrrecht gelöst werden.

Es stellt sich daher die Frage, ob ein institutionelles Verständnis der Koalitionsfreiheit mit einer allgemeinen Theorie der Grundrechte vereinbar ist.

Grundrechtstheorien sind der jeweilige Versuch der Bildung einer systematischen Grundlage über das generelle Gepräge, die normative Intention und den inhaltlichen Umfang der Grundrechte.[4] Zwar folgen aus der Ermittlung einer geeigneten Grundrechtstheorie noch keine Kriterien für die weitere Untersuchung der Zusammenarbeit von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften. Dennoch ist die Untersuchung über (eine) geeignete Grundrechtstheorie(n) als interpretationsleitendes Instrumentarium eine notwendige Vorstufe für die Interpretation von Art. 9 Abs. 3 GG, um ein nachhaltiges Ergebnis zu finden. Folglich muss zunächst ermittelt werden, ob eine Grundrechtstheorie als Leitlinie für die Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG herangezogen werden kann.

I. Begriffliches – Einführung in die Grundrechtsfunktionen und Grundrechtssystematik

Bevor die jeweiligen Grundrechtstheorien im Kontext der Untersuchung diskutiert werden, ist es angezeigt kurz auf die im Zusammenhang mit den Grundrechtsfunktionen allgemein verwendeten Begrifflichkeiten einzugehen.

[4] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1529).

1. *Dimensionen der Grundrechtsgehalte*

Seit der Lüth-Entscheidung[5] nimmt das Bundesverfassungsgericht für die Grundrechte einen sog. Doppelcharakter[6] an. Dieser Doppelcharakter meint, dass Grundrechten zwei Bedeutungsebenen (subjektivrechtlicher und objektivrechtlicher Art) immanent sind.[7]

Es wird folglich bei den Grundrechtsnormen, wie auch bei anderen Rechtsnormen zwischen der subjektiven/subjektivrechtlichen und der objektiven/objektivrechtlichen Dimension unterschieden.[8] Diese können je nach Grundrecht unterschiedlich ausgeprägt sein. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass Grundrechte neben ihrer traditionell am stärksten hervorgehobenen Abwehrfunktion[9] Grundsatznormen einer „objektiven Wertentscheidung"[10] sind. Hintergrund für die Anerkennung der Doppelfunktionalität der Grundrechte war das Anliegen, die Geltungskraft der Grundrechte zu verstärken.[11]

Mit subjektivrechtlichen Dimensionsgehalten sind die Grundrechtsgewährleistungsgehalte gemeint, die Grundrechtsträgern einen unmittelbaren Rechtsanspruch (in der Regel Abwehransprüche, aber auch Leistungsansprüche) gegen den Staat einräumen.[12]

---

[5] BVerfGE 7, 198 (204f.): „Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern. Dies ergibt sich aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben." Wobei allerdings die weiterführenden Textpassagen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht außer Acht gelassen werden dürfen. BVerfGE 7, 198 (205): „Ebenso richtig ist es aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung will (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134ff., 197ff.] 6, 32 [40f.]), in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt (Klein-v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. B III 4 vor Art. 1 S. 93)." Vgl. auch *B. Jeand'Heur*, JZ 1995, 161 (162).

[6] Vgl. *P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 70; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 279ff.; *B. Jeand'Heur*, JZ 1995, 161 (162); *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 82; *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 754, § 69 S. 890, § 69 S. 906f. m. w. N: „Ungeachtet aller – oft nur terminologischen – Meinungsverschiedenheiten blieb aber jedenfalls der prinzipielle sog. Doppelcharakter der Grundrechte letztlich unangefochten, wie ein Blick in die gesamte Grundrechtsliteratur lehrt." Siehe hierzu auch *B. Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 17ff.

[7] *K. Hesse,* Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 279ff.

[8] *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 11.

[9] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 82.

[10] BVerfGE 7, 198 (198, 1.Ls).

[11] BVerfGE 7, 198 (204) u. v. m.; vgl. *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 51.

[12] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 83.

Mit den Grundrechtsgewährleistungsgehalten der objektivrechtlichen Dimension sind die Grundrechtswirkungen gemeint, die nicht unmittelbar einen Rechtsanspruch gewährleisten, sondern den Staat zu einer Handlung oder Unterlassung verpflichten.[13]

Bei der Abgrenzung zwischen objektivrechtlicher und subjektivrechtlicher Dimension ist bereits hier darauf hinzuweisen, dass beide Dimensionen miteinander regelmäßig verbunden sind.[14] Denn die objektivrechtliche und die subjektivrechtliche Dimension der Grundrechte bedingen sich insofern, als dass subjektiv-öffentliche Rechte ihre Grundlage stets im objektiven öffentlichen Recht finden.[15] Diese objektivrechtlichen Normen sind es, welche die verschiedenen rechtlichen Beziehungen und Interessen der Rechtssubjekte zueinander klären.[16] Objektivrechtliche Grundrechtsgehalte stehen somit nicht im Widerspruch zu subjektiven Grundrechtsberechtigungen, sondern sind notwendige Voraussetzung für subjektivrechtliche Rechtsansprüche.[17] Das bedeutet zugleich, dass sich aus objektivrechtlichen Grundrechtsgehalten auch subjektive Grundrechtsberechtigungen ergeben können.[18]

Nicht allen Gehalten der objektivrechtlichen Dimension entspricht aber notwendigerweise auch ein subjektiver Rechtsanspruch. Individuell durchsetzbar sind nur die subjektiven Gewährleistungsgehalte. Der objektive Gehalt des Grundrechts ist gegenüber dem subjektivem folglich insofern defizitär, als nur der Anteil, dem ein subjektives Recht korrespondiert, gerichtlich durchgesetzt werden kann. [19]

In Rechtsprechung und Literatur werden die Begriffe subjektive oder subjektivrechtliche Dimension bzw. objektive und objektivrechtliche Dimension nicht einheitlich verwendet.[20] Zur Beschreibung der ursprünglichen Grundrechtsfunktion (liberale/bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtsfunktion) im Sinne der Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte[21] des Einzelnen gegenüber dem Staat, werden die Begriffe „subjektive[s] Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe“[22], „subjektive Abwehrrechte des Einzelnen“[23] oder „Abwehrrechte“[24] verwendet.[25]

---

[13] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 94.

[14] Vgl. *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 279.

[15] Vgl. hierzu *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 69 S. 908ff. m. w. N.

[16] *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 55f.

[17] *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 28.

[18] *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 28.

[19] *W. Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 191.

[20] Nach *H.D. Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 38 Funktionen der Grundrechte, Rn. 8 benutzt das BVerfG hauptsächlich die Begriffe „objektiv“ und „subjektiv“; dagegen wird in *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 11 von „subjektiv-rechtlich“ und „objektiv-rechtlich“ gesprochen, genauso *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 69 S. 918ff.; *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 94.

[21] Siehe insbesondere hierzu näher *G. Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte.

[22] BVerfGE 96, 56 (64).

[23] BVerfGE 49, 89 (141); 80, 124 (133).

[24] BVerfGE 90, 1 (11).

Hinsichtlich des Umstandes, dass Grundrechtsnormen auch objektives Recht und somit negative Kompetenznormen sind, wird seit der Lüth-Entscheidung[26] häufig von den objektiven Grundrechtsgehalten gesprochen. Begriffe wie „Objektive Grundsatznorm“[27], „objektive Norm“[28], „objektivrechtlicher Gehalt“[29], „objektiver Gehalt“[30] werden im Zusammenhang mit den Grundrechtsfunktionen erwähnt,[31] welche den Grundrechten neben der abwehrrechtlichen Urfunktion auch eine für die Rechts- und Wertgemeinschaft bedeutende Dimension in Gestalt objektiven Rechts zuweisen.[32]

Jedoch ist für die hiesige Untersuchung die Terminologie „subjektivrechtliche Dimension“ und „objektivrechtliche Dimension“ vorzuziehen. Denn bei einer Verwendung beispielsweise der Begriffe „subjektives Abwehrrecht“ oder „objektive Grundsatznorm“ wird fälschlicherweise impliziert, dass dem in Rede stehenden Grundrecht lediglich eine Dimension zukomme. Dieses Verständnis der Grundrechte sollte aber gerade durch die Entwicklung des Doppelcharakters der Grundrechte aufgehoben werden.

a. Subjektivrechtliche Dimension der Grundrechtsgehalte

Zum subjektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte gehört vor allem klassischerweise der Grundrechtsgehalt, welcher dem Bürger ein Abwehrrecht gegen den Staat gewährt, also ein Unterlassungsanspruch gegen ungerechtfertigte Eingriffe des Staates in die Grundrechtssphäre der Grundrechtsberechtigten.[33] Darüber hinaus kann sich ein subjektivrechtlicher Grundrechtsgehalt aus einem abgeleiteten Leistungsrecht, also einem Anspruch auf positives Tun ergeben.[34] Ebenfalls zu den subjektivrechtlichen Gehalten gehört die Gruppe der Gleichbehandlungsrechte in der Spielart eines modalen Abwehrrechts oder eines derivativen Teilhabe- oder Leistungsbegehrens.[35] Dabei ist bei solchen Eingruppierungen der Grundrechte (beispielsweise in Abwehrrecht oder in Leistungsrecht) stets das Wort „überwiegend“ hineinzulesen, da die Grundrechte nach heutiger Ansicht keinesfalls als lediglich eindimensional verstanden werden können.

[25] *H.D. Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 38 Funktionen der Grundrechte, Rn. 8.
[26] BVerfGE 7, 198ff.
[27] BVerfGE 80, 124 (133); 90, 1 (11).
[28] BVerfGE 33, 303 (330); 84, 192 (195).
[29] BVerfGE 53, 30 (57).
[30] BVerfGE85, 191 (212); 92, 26 (46); 97, 169 (176); 98, 365 (395).
[31] Weitere Begriffe in diesem Kontext sind zu finden unter *H.D. Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 38 Funktionen der Grundrechte, Rn. 8.
[32] *H.D. Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 38 Funktionen der Grundrechte, Rn. 8f.
[33] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 84; *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 42.
[34] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 89; *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 46.
[35] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 91ff.

b. Objektivrechtliche Dimension der Grundrechtsgehalte

Zum objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte gehört die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in die privaten Lebensbereiche, insbesondere die Drittwirkung.[36] In gleicher Weise gehören zum objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte staatliche Schutzpflichten.[37] Staatliche Schutzpflichten sind das Pendant zu grundrechtlichen Abwehransprüchen gegen staatliche Eingriffe in die Grundrechtsphäre.[38] Als Beispiel für eine staatliche Schutzpflicht ist die staatliche Schutzpflicht zugunsten des Lebens aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu nennen.[39] Nach der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten ist der Staat dazu verpflichtet den Einzelnen vor Übergriffen anderer Privater zu schützen.[40] Grundrechtliche Schutzpflichten fordern Staatsgewalt und statuieren Staatsaufgaben.[41] Bei der Erfüllung dieser Schutzpflichten kommt dem Gesetzgeber aber ein „weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich“ zu.[42] Gleichermaßen gehören zu den objektivrechtlichen Gehalten der Grundrechte die Einrichtungsgarantien.[43] Einrichtungsgarantien sind Verfassungsnormen zu entnehmen, die eine Verpflichtung zur Ausgestaltung an den Gesetzgeber zur Schaffung bzw. Erhaltung bestimmter Normkomplexe zur Bewahrung eines einrichtungstypischen Kernbereichs richten.[44] Als klassisches Beispiel für eine Einrichtungsgarantie gilt die Garantie des Eigentums als privatrechtliches Institut aus Art. 14 GG.[45]

2. *Unterlassungspflicht – Handlungspflicht und Eingriffsabwehrrecht – Leistungsrecht*

Grundrechtliche Schutzpflichten verpflichten den Staat grundrechtsbewehrte Rechtsgüter der Grundrechtsberechtigten zu schützen,[46] und durch sie lassen sich Handlungspflichten aus Grundrechten ableiten[47]. Diese Verpflichtung zur Verhinderung von Grundrechtsverletzungen trifft alle drei Gewalten.[48] Zu staatlichen Schutzpflichten äußerte sich das Bundesverfassungsgericht am Beispiel der Schutzpflicht zugunsten des Lebens wie folgt:

---

[36] *H. Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, S. 41ff.; *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 96ff.
[37] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 101ff.
[38] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 101ff.
[39] *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 36f.
[40] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 101.
[41] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 101f.
[42] BVerfGE 77, 170 (214f.); 79, 174 (202); 85, 191 (212).
[43] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 107.
[44] *H.M. Heinig*, Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1014 (1015).
[45] *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 30.
[46] *P. Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 20; *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 101f.
[47] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 102.
[48] *Pieroth/Schlink,* Grundrechte, Rn. 309.

> *„Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur – selbstverständlich – unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren.“*[49]

Denn neben der Abwehrfunktion der Grundrechte als Unterlassungspflichten an den Staat (negativer Status[50]),[51] kommt ihnen auch die Funktion von Handlungspflichten des Staates (positiver Status[52]) zu[53].

Der Unterlassungspflicht des Staates gegenübergestellt ist das Eingriffsabwehrrecht des einzelnen Bürgers.[54] Aus der Handlungspflicht des Staates ergibt sich für den einzelnen Grundrechtsadressaten ein Leistungsrecht bzw. „Anspruchsrecht“.[55]

Die Handlungspflicht auf Seiten des Staates kann zu diversen Konkretisierungen führen: zu staatlichen Schutzpflichten, zu Pflichten des Staates zur Schaffung und Erhaltung von Einrichtungsgarantien und zur Pflicht des Staates zur Schaffung und Erhaltung von verfassungsrechtlich gebotenen Mindeststandards.[56] Grundrechtliche Schutzpflichten sind folglich ein Unterfall der Handlungspflicht[57] und ein Unterfall der den Grundrechten immanenten objektivrechtlichen Gewährleistungsinhalte.

3. Zwischenergebnis

Innerhalb der Grundrechtstheorie bzw. im Zusammenhang mit den verschiedenen Gewährleistungsinhalten, Grundrechtstypen und Grundrechtstheorien erscheint es differenzierter und genauer, von objektivrechtlichen und subjektivrecht-

[49] BVerfGE 39, 1 (42).

[50] Vgl. Statuslehre von *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 81ff., 87: „Die Herrschaft des Staates ist eine sachlich begrenzte, im Gemeinschaftsinteresse ausgeübte Herrschaft. Sie ist eine Herrschaft über nicht allseitig Subjizierte, d.h. Freie. Dem Staatsmitgliede kommt daher ein Status zu, in dem er Herr ist, eine staatsfreie, das Imperium verneinende Sphäre. Es ist die der individuellen Freiheitssphäre, des negativen Status, des status libertatis, in welcher die streng individuellen Zwecke durch die freie Tat des Individuums ihre Befriedigung finden.“ (S. 87).

[51] *G. Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 33f.; *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 15.

[52] Vgl. Statuslehre von *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 81ff., 87: „Die gesamte Tätigkeit des Staates ist im Interesse der Beherrschten ausgeübt. Indem der Staat in Erfüllung seiner Aufgaben dem einzelnen die rechtliche Fähigkeit zuerkennt, die Staatsmacht für sich in Anspruch zu nehmen, die staatlichen Institutionen zu benutzen, also dem Individuum positive Ansprüche gewährt, erkennt er ihm den positiven Status, den status civitatis zu, der als die Basis für die Gesamtheit staatlicher Leistungen im individuellen Interesse sich darstellt.“ (S. 87).

[53] *G. Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 33f.; *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 15.

[54] *G. Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 33f.; *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 17.

[55] *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 15.

[56] *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 16.

[57] *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 17.

lichen Dimensionen anstatt von subjektiver und objektiver Seite der Grundrechte zu sprechen. Durch die Begriffe der subjektivrechtlichen und der objektivrechtlichen Dimensionen wird zugleich zum Ausdruck gebracht, dass Grundrechte bei einer Eingruppierung als Abwehrrecht oder Leistungsrecht stets nur überwiegend das eine oder andere darstellen. Denn sie enthalten aufgrund ihrer Mehrdimensionalität stets sowohl eine subjektivrechtliche als auch eine objektivrechtliche Dimension.[58] Diese Dimensionen stehen auch immer in einem Verhältnis zueinander, das je nach Grundrecht unterschiedlich ausgestaltet ist.

Folglich ist für die hiesige Untersuchung die Terminologie „subjektivrechtliche Dimension“ und „objektivrechtliche Dimension“ vorzuziehen.

II. Grundrechtstheorien, Verständnis der Grundrechte als Vorstufe der Grundrechtsinterpretation

Eine Grundrechtstheorie ist nach *E.-W. Böckenförde*

> *„eine systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielsetzung und die inhaltliche Reichweite der Grundrechte. Sie hat ihren Bezugspunkt (die systematische Orientierung) in aller Regel in einer bestimmten Staatsauffassung und/oder Verfassungstheorie.“*[59]

Mit dem Aufkommen der Einsicht einer Doppelfunktionalität der Gewährleistungsgehalte von Grundrechten, insbesondere also der Annahme, dass Grundrechte neben ihrer abwehrrechtlichen Stoßrichtung auch objektivrechtliche Grundrechtsgehalte innehaben,[60] wurde auch das bisherige Grundrechtsverständnis von neuen Impulsen beeinflusst und ausdifferenziert.

Im Folgenden werden die wichtigsten Grundrechtstheorien[61] dargestellt. Als Ausgangspunkt wird auf die klassische Einteilung der Grundrechtstheorien von *E.-W. Böckenförde*[62] aus dem Aufsatz „Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation“ im Jahre 1974 zurückgegriffen, die bis heute nichts an Aktualität verloren hat.

---

[58] Vgl. *H. Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, S. 63.

[59] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1529).

[60] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 82; *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 27f.; *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 69 S. 890f., 906 m. w. N; *B. Jeand'Heur*, JZ 1995, 161 (161).; vgl. *P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 70ff.; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 279ff.; *B. Jeand'Heur*, JZ 1995, 161 (162); *F. Kopp*, NJW 1994, 1753 (1753).

[61] Innerhalb der Rechtswissenschaft sind verschiedene Unterteilungen dieser Grundrechtstheorien zu finden. Siehe zu den verschiedenen Unterteilungsmodellen *W. Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 50ff.

[62] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529ff.

1. *Liberale/bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie*

Nach der liberalen/bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie haben Grundrechte als Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat die Funktion, den Bürgern einen Raum freier Lebensgestaltung zu garantieren.[63] Danach schützen Grundrechte die Grundrechtsberechtigten vor der ihre Freiheitssphäre bedrohenden Staatsmacht.[64] Die Freiheitsphäre des Einzelnen ist nach diesem Verständnis vorstaatlich und liegt der grundrechtlichen Konkretisierung durch Freiheitsrechte voraus.[65] Die Freiheitsrechte verleihen dem Einzelnen einen status negativus, welcher sich gegen staatliche Beeinträchtigungen richtet.[66] Zwar hat der Staat bzw. der Gesetzgeber die Bedingungen zu schaffen, um rechtliche Freiheiten zwischen den einzelnen Grundrechtsträgern in Einklang zu bringen und ist somit auch für die Etablierung und rechtliche Gewährleistung von Institutionen zuständig.[67] Der Freiheitsinhalt des Grundrechts als solcher, also die Essenz des Freiheitsgebrauchs, steht aber niemals in seiner Regelungskompetenz.[68] Folglich ist nach dem liberalen Grundrechtsverständnis „die Freiheit des einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist“[69].

2. *Werttheorie der Grundrechte*

Die Werttheorie der Grundrechte hat ihren gedanklichen Ausgangspunkt in der von *Rudolf Smend*[70] entwickelten Integrationslehre.[71] Sie versucht das Ungleichgewicht der liberalen Grundrechtstheorie hinsichtlich ihrer Beschränkung auf die subjektivrechtliche Dimension zu kompensieren. Grundrechte werden nach der Werttheorie neben der Urfunktion als Abwehrrechte als Festlegung grundlegender Gemeinschaftswerte einer „objektiven Wertordnung“[72], also auch als „objektive

---

[63] *H. Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, S. 27ff.; *F. Ossenbühl*, NJW 1976, 2100 (2100); *W. Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 84ff.; *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Einrichtungsgarantien, Rn. 41; *G. Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 14; *A. Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 8 Rn. 23; *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1530.

[64] *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 287; *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1530), sehr eingehend *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S.107ff.

[65] *A. Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 8 Rn. 23; *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 58; *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Einrichtungsgarantien, Rn. 41; *F. Ossenbühl*, NJW 1976, 2100 (2101), *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1530f.).

[66] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 58.

[67] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1530).

[68] *H.H. Klein*, Der Staat, 1971, 145 (164ff.).

[69] *C. Schmitt*, Verfassungslehre, S. 126, siehe auch S. 164ff.

[70] Siehe zur Integrationslehre vor allem *R. Smend*, Verfassungs- und Verfassungsrecht, in: *R. Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, S. 119 (S. 187ff., S. 260ff.); zu *R. Smends* Theorie der Grundrechte siehe *C. Möllers*, Staat als Argument, S. 112ff.; *P. Unruh*, Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz, S. 152ff.

[71] *W. Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 53.

[72] BVerfGE 39, 1 (41).

Wertentscheidung“[73] verstanden. Sie konstituieren ein Wertesystem, durch das dem einzelnen Grundrechtsberechtigten ein Status verliehen wird, der ihm ermöglicht, sich in das Gesamtgefüge eines mit Grundrechten ausgestatteten Staates zu integrieren.[74] Unterstrichen werden durch diese Grundrechtstheorie die öffentliche und die politische Funktion der Grundrechte.[75] Freiheit wird danach begriffen als gebundene Freiheit zur Realisierung der im Grundrechtskatalog enthaltenen gemeinsam aufgestellten Werte.[76] Die Grundrechte haben somit nach diesem Verständnis sowohl die Funktion objektivrechtlicher Normen als auch subjektivrechtlicher Ansprüche.[77]

3. Demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie

Nach der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie dienen die Grundrechte dem Prozess der demokratischen Staatshervorbringung.[78] Wurzel der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie ist der Gedanke, dass Grundrechte eine öffentliche Aufgabe im demokratischen Staat wahrnehmen und in erster Linie den demokratischen Prozessen dienen.[79] Gleichzeitig sind sie Ausfluss und Kennzeichen derselben.[80] Grundrechte sind als festsetzende Faktoren des freien demokratischen Prozesses anzusehen und im öffentlichen Interesse dem Grundrechtsinhaber eingeräumt.[81] Grundrechtliche Gewährleistungen sind „Funktions- und Kompetenzbegründungsnormen“[82] im System eines demokratischen Gemeinwesens. Hierin liegt die Nähe der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie zur Werttheorie der Grundrechte. Auch hier werden die Grundrechte nicht lediglich dem Bürger zu seiner „freien Verfügung“ zuerkannt, sondern sie dienen vielmehr in ihrer „Eigenschaft als Glied der Gemeinschaft und damit auch im öffentlichen Interesse“.[83] Schwergewichte innerhalb der Grundrechte sind nach der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie jene Grundrechte, welche in besonderer Weise konstituierend für den demokratischen Staat sind, also vor allem die Kommunikationsgrundrechte (insbesondere Art. 5 und 8 GG).[84]

---

[73] BVerfGE 10, 302 (322).

[74] *A. Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 8 Rn. 25.

[75] *W. Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 190.

[76] *W. Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 53.

[77] *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 57.

[78] *A. Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 8 Rn. 26; *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1534).

[79] *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 59; *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 63.

[80] *W. Abendroth*, Das Grundgesetz, S. 74ff., 76.

[81] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 63f.

[82] *W. Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 53.

[83] BVerwGE 14, 21 (25); vgl. *H.H. Klein*, Die Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, S. 21ff., 27ff.

[84] *A. Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 8 Rn. 26; *W. Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 53.

4. *Sozialstaatliche Grundrechtstheorie*

Die sozialstaatliche Grundrechtstheorie versucht die Kluft zwischen rechtlicher Freiheit und tatsächlicher Möglichkeit der Freiheitsverwirklichung zu überbrücken, welche vor allem durch Lebenssituationen hervorgerufen wird, in denen der einzelne Bürger auf staatliche Sozialleistungen angewiesen ist.[85]

Hierzu legt die sozialstaatliche Grundrechtstheorie den Fokus auf das „Verhältnis der Bürger zur gesellschaftlichen Wirklichkeit".[86] Durch den Sozialstaatsauftrag an den Gesetzgeber im Grundgesetz solle das Defizit der rein abwehrrechtlichen liberalen Grundrechtstheorie in objektivrechtlicher Hinsicht kompensiert werden.[87] Die sozialstaatliche Grundrechtstheorie kommt zu der Schlussfolgerung, dass rechtliche Freiheit nicht immer nur eine „Freiheit von" staatlicher Beeinträchtigung (abwehrrechtliche Komponente), sondern in ausgeprägten und entwickelten Rechtsgesellschaften auch eine „Freiheit durch" staatliche Ausgestaltung umfasst bzw. umfassen muss. Aus der sozialstaatlichen Verantwortung des Gesetzgebers wird abgeleitet, dass der Gesetzgeber die für den Sozialstaat notwendigen Voraussetzungen zur Verwirklichung der rechtlichen Freiheit schaffen müsse.[88] Verfassungsrechtliche Leistungsansprüche der Grundrechtsträger sowie soziale Staatsaufgaben können durch diese Theorie der sozialstaatlichen Grundrechte problemlos erklärt und eingeordnet werden.[89]

5. *Prinzipientheorie*

R. Alexy versteht die Grundrechte über ihren jeweiligen Regelungsgehalt hinaus als Prinzipien, die ein Optimierungsgebot enthielten.[90] Die von *R. Alexy* entwickelte Prinzipientheorie der Grundrechte geht zurück auf die Forschung von *R. Dworkin*[91] und seiner Unterscheidung von Regeln und Prinzipien.[92]

Nach der Prinzipientheorie sind Rechtsnormen in zwei Gruppen zu unterteilen: Entweder seien sie Regeln oder Prinzipien.[93] Regeln ordneten eine Rechtsfolge definitiv als Gebot oder Verbot an, Prinzipien seien Optimierungsgebote.[94] Grundrechte gehörten nach diesem Verständnis zu den Prinzipien.[95] Kollidierende Prinzipien müssen gegeneinander abgewogen werden; die dabei erzielten Ab-

[85] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1535f.).
[86] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 67.
[87] *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 58.
[88] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1536).
[89] *A. Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 8 Rn. 27; *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1536) m. w. N.
[90] *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75ff.
[91] *R. Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 22ff., 71ff.
[92] *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 77ff.
[93] *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 77.
[94] *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75ff.
[95] *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 71ff.

wägungsergebnisse seien dann den jeweiligen Grundrechtsnormen zugeordnet.[96] Im Gegensatz zu den Regeln ergäbe sich die Durchsetzung der Prinzipien somit aus der Kollision mit anderen Prinzipien und der daraus resultierenden Kollisionslösung.[97] Das jeweilige das Prinzip (Grundrecht) einschränkende Gesetz bedürfe demnach der Rechtfertigung, und das Ergebnis aus dieser Rechtfertigungsüberprüfung bestimme die Durchsetzung des jeweiligen Prinzips (Grundrechts).

6. Institutionelle Grundrechtstheorie

Die bei der liberalen Grundrechtstheorie angesprochene Eingleisigkeit, hervorgerufen durch die Konzentration auf eine einzige Funktion der Grundrechte, nämlich zur Staatsabwehr, könnte durch ein institutionelles Grundrechtsverständnis kompensiert werden, in dem Freiheit institutionalisiert verstanden wird und Grundrechte als ordnende soziale „Institute" sichtbar und ausgebaut werden.[98]

Zuvörderst sei erwähnt, dass die institutionelle Grundrechtstheorie von den Einrichtungsgarantien (Institutsgarantien und institutionellen Garantien) trotz gewisser Berührungspunkte deutlich unterschieden werden muss.[99] Bei dem Begriff des „Instituts" ist zu beachten, dass er zwar auf der von *Carl Schmitt* entwickelte Lehre von Institutsgarantien und institutionellen Garantien basiert, aber vor allem durch *N. Luhmann* weiterentwickelt wurde im Sinne „sozialer Institute"[100]. Innerhalb der institutionellen Grundrechtstheorie ist der Begriff der Institution im Folgenden als „Struktur sozialer Systeme" verwendet.[101] Auf die Kategorie der Einrichtungsgarantien ist in einem späteren Stadium der Untersuchung noch einzugehen.

Freiheit wird nach diesem Verständnis nicht vorgefunden, sondern bedarf der rechtlichen Herstellung, durch sowohl grundrechtsbeschränkende als auch grundrechtsausgestaltende Gesetzgebung.[102] Sie bedarf als solche „der institutionell gewährleisteten Lebensverhältnisse, der institutionellen Seite der Grundrechte sowie der diese anreichernden Normenkomplexe", die „ihr Richtung und Maß, Sicherheit und Geborgenheit, Inhalt und Aufgabe" geben.[103] Grundrechte haben nach dem institutionellen Grundrechtsverständnis nicht die primäre Funktion von

[96] *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 84ff.

[97] *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 79ff.

[98] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1532); *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 58.

[99] *W. Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 180f.

[100] Die Weiterentwicklung trieben vor allem voran: *F. Klein*; Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien; *B. Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen und *N. Luhmann*, Grundrechte als Institutionen; *N. Luhmann* erweiterte vollends das institutionelle Grundrechtsverständnis indem er Grundrechte als Institutionen verstand.

[101] *N. Luhmann*, Grundrechte als Institutionen S. 13.

[102] *A. Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 8 Rn. 24; *P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 163.

[103] *P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 98, siehe auch 70ff.

Abwehrrechten des Einzelnen gegenüber dem Staat.[104] Sie werden vielmehr als „objektivierte Ordnungsprinzipien“[105] verstanden, nach denen die jeweiligen Lebensbereiche geschützt werden.[106] Diese institutionelle Grundrechtstheorie fußt auf der Annahme, dass rechtliche Freiheit selbst als „Institution“ wahrgenommen wird und erst nach der rechtlichen Ausgestaltung und den daraus resultierenden Normenkomplexen, die Richtung, Maß, Inhalt und Aufgabe geben, operationalisierbar im Gemeinwesen wird.[107] Diese Annahme führt automatisch zu der Unterscheidung zwischen einem grundrechtsbeeinträchtigendem Eingriff und einer inhaltsbestimmenden Ausgestaltung durch den Gesetzgeber.[108] Die Ausgestaltung ist vor allem bei normgeprägten/rechtsgeprägten[109] Grundrechten von großer Bedeutung, da Rechtsinstitute wie Eigentum oder Ehe erst durch die Rechtsgemeinde geschaffen wurden und daher auch die rechtliche Einrichtung des Rechtsinstituts dem Gesetzgeber obliegt.[110]

Durch diese Lesart der Grundrechte wird dem Gesetzgeber ein immenser Spielraum bei der Errichtung und Gewährleistung grundrechtlicher Einrichtungen zugestanden; grundrechtliche Freiheit ist nicht etwas von Natur aus Gegebenes, sondern Freiheit ist zweck- und zielorientiert auf den institutionell-objektiven Sinn der jeweiligen Freiheitsgewährleistung gerichtet.

7. *Bewertung*

Nach der Darlegung der unterschiedlichen Grundrechtstheorien stellt sich die Frage nach der erkenntnisleitenden Theorie, die sowohl der Koalitionsfreiheit als auch insbesondere der Fragestellung nach der verfassungsrechtlich intendierten Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien bei Tarifrunden für die folgende Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG gerecht wird und zugrunde gelegt werden kann.

a. Problematik der Entscheidung für eine oder mehrere Grundrechtstheorie(n)

Problematisch an einer Entscheidung für eine bestimmte Grundrechtstheorie vor der Auslegung eines Grundrechts ist insbesondere, dass zwischen Grundrechtstheorien und der konkreten Grundrechtsauslegung stets ein Abhängigkeitsverhältnis, wenn nicht gar ein Kausalzusammenhang besteht. Grundlage der Grundrechtstheorien sind historische, systematische und teleologische Erkenntnisse über

[104] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1532).

[105] *W. Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 52.

[106] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 61.

[107] *P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 70ff., 98, 116ff.

[108] *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Einrichtungsgarantien, Rn. 42.

[109] *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Einrichtungsgarantien, Rn. 42; zu normgeprägten Grundrechte siehe auch *F. Maschmann,* Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 65ff., 131ff.

[110] *P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 180ff.; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 303ff. m. w. N.

die Grundrechte, mit dem Ziel der Erlangung eines „Funktionensystems der Grundrechte“.[111] Eine „isolierte“ bzw. von der konkreten Grundrechtsauslegung unabhängige Grundrechtstheorie gibt es schon deshalb nicht, weil zur Ermittlung eines verallgemeinerungsfähigen Grundrechtsfunktionenverständnisses die einzelnen Grundrechte ausgelegt und untersucht werden müssen.[112]

Lehnt man die Zugrundelegung einer Grundrechtstheorie bei der Auslegung eines Grundrechts gänzlich ab oder trifft keine Entscheidung dazu, so droht eine einzelfallbezogene Wahl der Grundrechtstheorien, je nach Fall bzw. favorisierter Falllösung.

Die Auffassung, dass eine Entscheidung für eine bestimmte Grundrechtstheorie erst dann grundrechtsgerecht getroffen werden kann, wenn abschließend die dogmatische Herausarbeitung des Grundrechts erfolgt ist,[113] ist ein ernst zu nehmender Einwand. Zuzugeben ist diesem Einwand, dass sich der Grundrechtsinterpret in einem Dilemma befindet: Trifft er keine bewusste Entscheidung für eine Grundrechtstheorie vor der Auslegung eines Grundrechts, so droht die fallbezogene Lösung eines Einzelproblems. Trifft man aber vorab die Entscheidung für eine Grundrechtstheorie, fällt die Entscheidung umso schwerer, da noch nicht alle Aspekte des Grundrechts durchleuchtet sind. Träfe man aber keine Entscheidung, so würde dennoch unbewusst eine Grundrechtstheorie der Untersuchung zugrunde gelegt werden, da der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte stets von einer bestimmten Perspektive auf die Grundrechte untersucht wird.

Bereits im Jahre 1974 beobachtete *E.-W. Böckenförde*, dass Grundrechtstheorien fallbezogen „als Problemlösungsgesichtspunkte“ benutzt wurden, um „ein nach dem jeweiligen Vorverständnis ‚optimales‘ Ergebnis im konkreten Fall zu erzielen“.[114] Dies wird auch durch die stets zwischen den verschiedenen Grundrechtstheorien immer wieder neu wählende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deutlich.[115] Eine solche fallbezogene Verwendung und Zugrundelegung der Grundrechtstheorien würde jedoch dem Anspruch der Grundrechte als „Ausdruck bestimmter Staatsauffassungen und Grundvorstellungen über das Bezie-

---

[111] *B. Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, S. 179.

[112] Ähnlich *B. Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, S. 180 m. w. N; *.P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 352ff.

[113] *B. Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, S. 180.

[114] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1537).

[115] Anwendung der verschiedenen Grundrechtstheorien des Bundesverfassungsgerichts: für liberale Grundrechtstheorie: BVerfGE 20, 150 (154ff.); 30, 227 (241ff.); für die institutionelle Grundrechtstheorie: BVerfGE 10, 118 (121); 4, 96 (105ff., 108); 18, 18 (26f.); 20, 312 (318f.); für die Werttheorie der Grundrechte: BVerfGE 39, 1 (41); 10, 302 (322); 7, 198 (205ff.); 21, 362 (372); für die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie: BVerfGE 7, 198 (212ff., 214); 20, 162 (175ff.); für die sozialstaatliche Grundrechtstheorie: BVerfGE 33, 303 (332); siehe hierzu *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 56ff. und *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1530ff., 1537).

hungsgeflecht der einzelnen zur staatlichen Gemeinschaft“[116] nicht gerecht werden.

Träfe man jedoch eine allgemeine Entscheidung für eine einzelne Grundrechtstheorie, so bestünde die Gefahr, dass sie nicht allen Grundrechten und Konfliktlagen gerecht würde.[117] Ginge man beispielsweise davon aus, dass die liberale Grundrechtstheorie die einzige interpretationsleitende Theorie aller Grundrechte sei, so würde dies jegliche objektivrechtlichen Grundrechtsgehalte negieren. Allerdings besteht wiederum bei einer Zuordnung bestimmter Grundrechtstheorien zu einem Grundrecht die Gefahr, dass neue Sachverhalte oder Fallkonstellationen nicht ausreichend berücksichtigt werden können und aus den bisher angewandten Lösungstheorien kein Mehrgehalt erwächst.[118]

Da stets auch die Fallkonstellation Einfluss darauf hat, welche Dimension (subjektivrechtliche oder die objektivrechtliche Dimension) des Grundrechtes betroffen ist, ist es nicht möglich, sich bezüglich eines Grundrechts für nur eine Grundrechtstheorie zu entscheiden.

Aufgrund der Einigkeit über den Doppelcharakter der Grundrechte erscheint die Festlegung auf eine einzige dem Grundgesetz und seinen Grundrechten am stärksten entsprechende Grundrechtstheorie nicht plausibel und nicht angezeigt.[119] Für die weitere Untersuchung ist folgendes festzuhalten:

Die einzelfallbezogene Auswahl der Grundrechtstheorien aufgrund von Nichtbeachtung ist ebenso wie die starre Entscheidung zugunsten einer Grundrechtstheorie für ein Grundrecht abzulehnen. Gleichzeitig ist aber nicht zu leugnen, dass auf bestimmte Grundrechtstypen bestimmte Grundrechtstheorien passen. Dies folgt daraus, dass sich diese Grundrechtstheorien auch im Rahmen der sich entwickelnden Rechtsprechung zu bestimmten Grundrechten entwickelt haben. Typischerweise kann folglich mit einem Grundrecht eine bestimmte Grundrechtstheorie verbunden werden. Genauso implizieren aber auch die Fragestellung und der relationale Zusammenhang des Grundrechtsbezugs ein bestimmtes dem Grundrecht zugrunde liegendes Verständnis. Der Gefahr einer zu stark auf den Einzelfall fixierten Grundrechtstheorieauswahl kann dadurch begegnet

---

[116] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1537).

[117] *P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 356; *P. Häberle*, JZ 1989, 913 (918); *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 516ff.; *B. Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, S. 179f. m. w. N.

[118] Ähnlich *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Einrichtungsgarantien Rn. 43, wonach eine „einzelfallbezogenen Grundrechtsinterpretation“ ein „höheres Maß an Flexibilität und Dynamik“ bringen würde.

[119] Diese Auffassung wird von vielen geteilt: *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 59: „Das Verständnis der Grundrechte und die Entflechtung ihrer Wirkungsfunktionen kann nicht mit dem Zugriff auf eine „richtige“ Grundrechtstheorie gelöst werden.“; *P. Häberle*, JZ 1989, 913 (918): „Keine Grundrechtstheorie kann beanspruchen, allein richtig zu sein. Ihre *flexible Kombination* ist das Ziel.“; vgl. auch *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1537f.).

werden, dass je nach Untersuchungsgegenstand bzw. Abwägungskonstellation, eine bestimmte Grundrechtstheorie angewandt wird.

Somit bedarf es für die Untersuchung des verfassungsrechtlich intendierten Verhaltens für die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft in einem folgenden Schritt der Klärung, welche Grundrechtstheorie(n) grundrechtsgerecht und somit koalitionsspezifisch ist/sind. Dabei ist zu beachten, dass es stets nur um eine Tendenz hinsichtlich einer Grundrechtstheorie als interpretationsleitendes Verständnis der Grundrechte gehen kann.

b. Grundrechtsspezifisches Grundrechtsverständnis

Welche Eigenschaften charakterisieren die Koalitionsfreiheit? Welchen Grundrechtstypus hat sie? Und inwiefern wird eine allgemeine Grundrechtstheorie der zu behandelnden Fragestellung gerecht? Diese Fragen gilt es im Folgenden zu klären, ohne gleichzeitig dabei den Inhalt bzw. die konkrete Auslegung der Koalitionsfreiheit vorwegzunehmen.

aa. Liberale/bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie

Dem Wortlaut nach ist die in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Freiheit darauf gerichtet, die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" zu erzielen, d.h. das Grundgesetz manifestiert die Koalitionsfreiheit als eine (zweck)gebundene Freiheit. Nur die Freiheit, welche diesen Zweck erfüllt und ihm dienlich ist, wird verfassungsrechtlich geschützt. Des Weiteren stellt die Koalitionsfreiheit ein normgeprägtes Grundrecht dar,[120] d.h. ein „durch die Rechtsordnung geschaffenes Grundrecht", das maßgeblich durch den Gesetzgeber oder stellvertretend durch die Gerichte einfachgesetzlich auszugestalten ist.[121]

Sowohl der Aspekt der zweckgebundenen Freiheit als auch der Aspekt des normgeprägten Grundrechtes intendieren neben einer abwehrrechtlichen Dimension des Grundrechts eine objektivrechtliche Dimension. Sicherlich können oftmals aufgrund der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes Grundrechte in erster Linie aus historischer Sicht als Replik auf Schreckensherrschaft, als Verdichtungen gegen grundlegende Freiheitsverletzungen und als Produkte eines auf dem Freiheitsprinzip basierenden liberalen Rechtsstaats verstanden werden.[122] Jedoch wäre es stark verkürzt, die historische Bedeutung der Grundrechte auf ihren Ab-

---

[120] *H.D. Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 38 Funktionen der Grundrechte, Rn. 56ff.

[121] BVerfGE 50, 290 (368); 58, 233 (247); 88, 103 (115); 28, 295 (306); *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 107; Art. 9 Rn. 91, 100; *R. Scholz, in*: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 167; *F. Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 25; *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung Rn. 125b; *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (303).

[122] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1537); siehe hierzu instruktiv *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 15ff.

wehrcharakter zu reduzieren.[123] Außerdem entwickelte sich die Koalitionsfreiheit vor allem aus dem Konflikt zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei staatlicher Untätigkeit, und weniger im Kampf der Koalitionen oder Koalitionsmitglieder gegen die Hoheitsmacht.

Die Koalitionsfreiheit in ihrer Ausformung als Tarifautonomie, also der Befugnis der Arbeitgeber(verbände) und Gewerkschaften, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder in kollektiven Verträgen mit zwingender Wirkung selbstständig und selbstverantwortlich zu regeln,[124] stellt viel weniger eine „Freiheit von (beispielsweise staatlicher Reglementierung)“ als eine „Freiheit durch“ staatliche Ausgestaltung dar[125]. Überdies kann die Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifparteien nur beantwortet werden, wenn das von der Rechtsordnung gewährleistete System untersucht wird. Es geht nicht darum, eine Abwehr vor staatlichen Maßnahmen vorzubeugen, sondern zu untersuchen, was für ein Koalitionssystem verfassungsrechtlich intendiert ist und damit auf welcher Grundlage die Zusammenarbeit der Tarifparteien zu erfolgen hat.

Der Umstand, dass Art. 9 Abs. 3 GG die unmittelbare Drittwirkung nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG anordnet, ist zudem ein weiteres Argument, welches dafür spricht, dass eine rein liberale Grundrechtstheorie zumindest nicht mit der Koalitionsfreiheit in Einklang steht, da diese gerade nicht wie die anderen Grundrechte in das Privatrecht nur mittelbar hineinwirkt.

Aufgrund dieser entscheidenden Charakteristika wird ein rein liberales Verständnis der Grundrechte, und somit auch der Koalitionsfreiheit, dem heutigen Freiheitsverständnis und der hiesigen Untersuchung nicht gerecht und ist folglich abzulehnen, da sie die übrigen Dimensionen der Grundrechte bzw. Grundrechtsfunktionen nicht erfasst und monorelationistisch ist.[126] Die Reduktion der Grundrechte auf (ausschließliche) Staatsabwehr hinkt den Entwicklungen und ihren

[123] *G. Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 35: „Es wäre ein Irrtum, zu glauben, daß >die< historische Bedeutung der Grundrechte eine im heutigen Sinne des Wortes negatorische, Interventionen durch staatliches Handeln abwehrende war. Gerade die deutsche Entwicklung macht besonders augenfällig, daß hier differenziert werden muß. […] Als die frühkonstitutionellen Verfassungen in den deutschen Territorien erstmals die heute als Grundrechte bezeichneten staatsbürgerlichen Rechte proklamierten, *waren* aber die durch sie >>verneinten<< feudalen und ständischen Bindungen und Beschränkungen des Eigentums, der Freiheit der Person, der staatsbürgerlichen Gleichheit usw. durchweg noch in Kraft und wurden durch die Grundrechte auch keineswegs mit unmittelbarer Wirkung beseitigt. Den Grundrechten kam daher zunächst im Wesentlichen der Charakter von Programmsätzen zu, die gerade nicht zur Abstinenz, sondern umgekehrt zur staatlichen Intervention und zum staatlichen Zugriff auf die individuellen Rechtspositionen, - die >wohlerworbenen Rechte< - , der feudalständischen Ordnung anleiteten.“

[124] *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 1; *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 47.

[125] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 48.

[126] *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1531); ähnlich *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 61.

Errungenschaften der heutigen gesellschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse hinterher.[127]

bb. Werttheorie

Nach der Werttheorie entfalte die Koalitionsfreiheit ihre Wirkung nicht nur als subjektives Freiheitsrecht, sondern setze sogleich auch ein objektives Ordnungsprinzip fest, welches von großer gesellschaftspolitscher Bedeutung ist, da Bestimmungsziel des Art. 9 Abs. 3 GG die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" sei.[128] Zwar ist das Grundgesetz keinesfalls eine wertneutrale Ordnung,[129] umstritten ist aber, ob man es auch als Ausdruck objektiver Werte verstehen soll. Fraglich ist jedoch, was die Auffassung, dass Art. 9 Abs. 3 GG einen Gemeinschaftswert, nämlich ein angebotenes Kollektivsystems, transportiere, für die weitere Interpretation austrägt. Es wird durch die Werttheorie vielmehr ein Wert vorausgesetzt ohne begründende Konturierung. Die Werttheorie postuliert lediglich Werte, ohne daraus konkrete Leitlinien für die Auslegung abzuleiten. Aus der Annahme, dass mit der Koalitionsfreiheit ein bestimmter identitätsstiftender Wert korrespondiert und dieser verfassungsrechtlich geschützt ist, ergibt sich keine Auslegungsleitlinie. Daher kann für die Auslegung der Koalitionsfreiheit bezüglich der Zusammenarbeit der Tarifparteien kein richungweisender Leitgedanke aus der Werttheorie gewonnen werden.

Die Werttheorie ist daher keine geeignete Grundlage für die Interpretation der Koalitionsfreiheit.

---

[127] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 59; So wurde folglich der liberalen Grundrechtstheorie schon früh – zu Recht – „Blindheit" vorgeworfen, so etwa *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1531), oder dass sie „tendenziell isolationistisch" sei, *W. Brugger*, JZ 1987, 633 (634), sei; *W. Brugger*, JZ 1987, 633 (634) m. w. N

[128] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 164.

[129] BVerfGE 7, 198 (205): „Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz keine wertneutrale Ordnung sein will […], in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Ordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt […]. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden."

cc. Demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie und sozialstaatliche Grundrechtstheorie

Geht man wie *R. Scholz* davon aus, dass die Koalitionsfreiheit zu den Kommunikationsgrundrechten zählt[130] – was durchaus bestritten wird[131] – so bleibt dennoch äußerst fraglich, inwiefern die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie eine Interpretationsleitlinie für die Grundrechtsauslegung der Koalitionsfreiheit generieren kann.

Kritisiert wird die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie vor allem deshalb, weil sie den kommunikativen Grundrechten, insbesondere Art. 5 und 8 GG, eine besondere Vorrangstellung einräume, für eine solche Vorrangstellung innerhalb der Grundrechte im Grundgesetz gäbe es aber überhaupt keinen Anlass, denn weder ergäbe sich eine solche prominente Positionierung aus dem Normtext noch aus der historischen Entstehung des Grundgesetzes,[132] noch aus der Systematik der Grundrechte zueinander. Zudem sei das in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG manifestierte Demokratieprinzip kein hinreichender Rückhalt, um eine „staatsdienende Funktionalisierung" herzuleiten.[133]

Dieser Kritik kann entgegnet werden, dass aus dem historischen Entstehungszusammenhang des Grundgesetzes sehr wohl nach der Schreckensherrschaft des NS-Regimes die Grundrechte und vor allem die Kommunikationsgrundrechte von ganz besonderer Bedeutung für die junge Demokratie waren.[134]

Dennoch ist der Kritik hinsichtlich der fehlenden Anhaltspunkte im Grundgesetz für die Vorrangstellung der Kommunikationsgrundrechte vor den anderen Grundrechten zuzustimmen. Es kann nicht automatisch gefolgert werden, dass dem Grundgesetz die Wertung zu entnehmen sei, Kommunikationsgrundrechte stünden über allen sonstigen Grundrechten. Eine Übermachtstellung der „politisch ausgeübten Freiheit zu der unpolitischen Freiheitsausübung" ist weder aus der Grundrechtsystematik noch aus dem Wortlaut, dem Telos oder der Grundgesetzentwicklungsgeschichte ersichtlich.[135] Die demokratisch-funktionale Grund-

---

[130] *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 295ff.; ebenso *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 8.

[131] So beispielsweise *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 2, 3, der keinen besonderen Mehrwert in der Bezeichnung der Koalitionsfreiheit als Kommunikationsgrundrecht sieht: „Die ergänzende Etikettierung als „Kommunikationsgrundrecht" ist demgegenüber ohne zusätzliche Aussagekraft und wäre nur mit den genannten Einschränkungen zutreffend."

[132] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 64f.

[133] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 64, 67.

[134] BVerfGE 7, 198 (208): „Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es [das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung] schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist […] Es ist in gewissem Sinne die Grundlage jeder Freiheit überhaupt," siehe auch BVerfGE 20, 164 (174); 62, 230 (247).

[135] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 64ff.

rechtstheorie kann keineswegs als Leitlinie für die Auslegung aller Grundrechte angelegt werden, da sie aufgrund ihrer starken Abhängigkeit vom Demokratieprinzip selbst von ihren Verfechtern nur für bestimmte Grundrechte (insbesondere Art. 5 I GG und Art. 8 GG) als sachdienlich erachtet wird.[136] Hinzu kommt, dass die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie keinen Hinweis darauf gibt, was unter dem Begriff der Demokratie zu verstehen ist,[137] und mit dieser einseitigen Höherbewertung eines Staatsstrukturprinzips geht auch die Gefahr einher, dass dieser zwar immens wichtige aber nicht allein entscheidenden Aspekt „verabsolutiert“[138] wird. Für eine solche Absolutheit des Demokratieprinzips oder des Sozialstaatsprinzip besteht aber weder Grund, noch Anlass, noch Notwendigkeit.

Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifparteien anhand des Leitgedankens der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie für die Auslegung der Koalitionsfreiheit können nicht gefiltert werden.

dd. Sozialstaatliche Grundrechtstheorie

Die Koalitionsfreiheit steht für Prinzipien „freier sozialer Gruppenbildung“[139] bzw. „freier Assoziation und Selbstbestimmung“,[140] welche durch die Tatsache zum Ausdruck gebracht werden, dass sich durch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände Menschen frei verbünden, um selbst ihre Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu organisieren. Folglich geht es um das „prinzipielle Recht zur autonomen gesellschaftlichen Selbstorganisation“.[141]

Nach dem BVerfG dient die Koalitionsfreiheit der

> *„im öffentlichen Interesse den Koalitionen übertragene[n] Aufgabe, im Verein mit dem sozialen Gegenspieler das Arbeitsleben zu ordnen und zu befrieden.“*[142]

Dies spiegelt zugleich die Garantie sozialer Selbstverantwortung und die gesellschaftliche Autonomie wider, die in engem Zusammenhang mit dem Sozialstaatsprinzip stehen.[143] Denn Aufgabe der Koalitionen ist es, die unterschiedlichen Interessen der jeweiligen Gruppe (entweder Arbeitnehmerschaft oder Arbeitgeberschaft) herauszubilden und diese dann möglichst im antagonistischen Interessenkampf zu einem Interessenausgleich zu gelangen.[144] Der Aspekt der assoziati-

[136] *W. Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 190.
[137] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 67.
[138] *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 59.
[139] BVerfGE 38, 281 (303); 80, 244 (252f.).
[140] BVerfGE 50, 290 (355).
[141] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 11.
[142] BVerfGE 18, 18 (27).
[143] Zum sozialstaatlichen Funktionsbezug der Koalitionsfreiheit: *B. Rüthers*, Streik und Verfassung, S. 66ff.; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 180ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 10 m. w. N.
[144] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 166.

ven Selbsthilfe und die soziale Schutzdimension[145] sind somit der Koalitionsfreiheit ebenso immanent. Auch wenn der sozialstaatlichen Grundrechtstheorie aufgrund der Hervorhebung eines der Staatsstrukturprinzipien eine gewisse Monothematik und Blindheit für andere Aspekte droht,[146] so kann nicht geleugnet werden, dass die Koalitionsfreiheit dennoch jedenfalls sozialstaatliche Bezüge aufweist[147].

Ob die Zugrundelegung der sozialstaatlichen Grundrechtstheorie aber auch in der hiesigen Fragestellung angezeigt ist, ist fraglich. Thema dieser Arbeit ist es, das verfassungsrechtlich intendierte Verhältnis der Tarifparteien bzw. die Voraussetzungen für eine verfassungsgemäße Zusammenarbeit herauszuarbeiten. Trotz der Bezüge zur Koalitionsfreiheit ist daher eine Zugrundelegung der sozialstaatlichen Grundrechtstheorie aber abzulehnen, da die zu untersuchende Frage vor allem im Zusammenhang der Funktionsbedingungen für die Zusammenarbeit der Tarifparteien und ihr Verhältnis zueinander, d.h. die verfassungsrechtlich gewährleistete Einrichtung des Koalitionssystems, steht. Die Bezüge zum Sozialstaatsprinzip[148] stehen dagegen nicht im Vordergrund.

ee. Prinzipientheorie

Die Prinzipientheorie als Interpretationsleitlinie der Grundrechte und hier der Koalitionsfreiheit ist wenig förderlich. Denn nimmt man an, dass Grundrechte Prinzipien seien und ihre Auslegung durch Abwägungsergebnisse mit anderen kollidierenden Prinzipien zu erfolgen hat, so kann man stets nur Grundrechten nach erfolgter Abwägung zu anderen Grundrechten eine Auslegungstendenz entnehmen. Worauf diese Abwägung fußt, weshalb man zu diesem und nicht zu jenem Abwägungsergebnis zwischen einzelnen Grundrechten kommt, geht nicht aus der Prinzipientheorie hervor. Auch wird nicht ersichtlich, aus welchem Grund es lediglich zwei klar voneinander abgrenzbare Arten von Normen, Prinzipien und Regeln, geben soll. Zudem verwundert die recht undifferenzierte Handhabung der Begriffe Werte und Prinzipien bei *R. Alexy*.[149]

---

[145] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 158; *R. Scholz*, in: HStR VIII, § 175 Rn. 26; *M. Kittner/D. Schiek*, in: AK-GG, Art. 9 Abs. 3 Rn. 80ff.; *W. Höfling*, in: Sachs, GG Art. 9 Rn. 52.

[146] *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 59.

[147] Dies wird bereits in der ersten wichtigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 4, 96 (107) sichtbar: „Art. 9 Abs. 3 GG will ebenso wie Art. 159 WV nach Sinn und Zweck nur solche frei gebildete Vereinigungen schützen, die nach ihrer Gesamtstruktur unabhängig genug sind, um die Interessen ihrer Mitglieder aus arbeits- und sozialrechtlichem Gebiet wirksam und nachhaltig zu vertreten."

[148] Siehe hierzu auch *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 53f.

[149] *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 133: „Was im Wertmodell prima facie das beste ist, ist im Prinzipienmodell prima facie gesollt, und was im Wertmodell definitiv das beste ist, ist im Prinzipienmodell definitiv gesollt. Prinzipien und Werte unterscheiden sich also nur wegen ihres einerseits deontologischen und andererseits axiologischen Charakters."; diese vage Unterscheidung kritisiert auch *W. Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 219: „Wenn Prinzipien und Werte dasselbe sind […] liegt es

Die Prinzipientheorie gibt keine handhabbare Interpretationsleitlinie für die Grundrechte vor, sondern begnügt sich damit Grundrechte nach ihrem jeweiligen Verhältnis zu anderen Grundrechten auszulegen. Ähnlich wie die Werttheorie, erklärt die Prinzipientheorie die Grundrechte zwar auf einer theoretischen Ebene, allerdings gibt sie keine Hinweise für eine konkrete Auslegung einzelner Grundrechte.

Die Prinzipientheorie mag durch ihre Eingängigkeit der Unterteilung aller Normen in Regeln und Prinzipien mittels charmanter Drastik bestechen. Jedoch fehlt ihr durch die starke deskriptive Abstraktion der Bezugspunkt für ein interpretationsleitendes Instrument. Die Prinzipientheorie setzt Rechte prima facie voraus, begründet sie aber nicht,[150] insoweit als dass ein neuer Erkenntnisgewinn erworben wird. Somit ist die Prinzipientheorie als interpretationsleitende Grundrechtstheorie für die hiesige Untersuchung abzulehnen.[151]

ff. Institutionelle Grundrechtstheorie

N. Luhmann definiert Institutionen, wie folgt:

> *„Institutionen sind zeitlich, sachlich und sozial generalisierte Verhaltenserwartungen und bilden als solche die Struktur sozialer Systeme. Insofern […] sind sie möglicher Gegenstand rechtlicher Positivierung.“*[152]

Legt man diesen funktionalen Institutionenbegriff der Untersuchung zugrunde, so kann die Koalitionsfreiheit zutreffend wie folgt beschrieben werden: Durch das in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Kollektivsystem und die Kollektivvereinbarungen wird die Möglichkeit bereitgestellt, mittels eines kollektiven Verfahrens Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu regeln und so die Funktionsdefizite der Privatautonomie zu überwinden. Es wird die Freiheitsgewährleistung der Teilnahme am Kollektivsystem sowie das Kollektivsystem, um eigene Angelegenheiten zu regeln, ermöglicht und verfassungsrechtlich garantiert. Das Koalitionssystem kann somit als soziales Institut zur Ordnung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen beschrieben werden. Durch die Koalitionsfreiheit wird die Kollektivautonomie als Rechtsetzungsverfahren anerkannt, welches die im Individualarbeitsrecht auffällig gewordenen Defizite der Privatautonomie auszugleichen sucht. Arbeitgeberver-

---

nahe, dass auch die Prinzipientheorie keine über das Abwehrrecht hinausgehenden Grundrechtsfunktionen zu begründen vermag.“

[150] *W. Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 223.

[151] Ähnlich kritisch gegenüber der Prinzipientheorie, siehe *R. Poscher*, RW 2010, 349ff.; *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 75ff.

[152] *N. Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, S. 13; Am Beispiel der Eigentumsfreiheit verdeutlicht er deren institutionellen Gehalt, *N. Luhmann*, Grundrechte als Institutionen, S. 120: „Er [Art. 14 GG] schützt den einzelnen nicht in seiner Persönlichkeit und nicht in seinem spezifischen Sachbedarf, er garantiert ihm weder Nahrung noch Witterungsschutz, noch eine Mindestausrüstung mit kulturellen Symbolen, sondern er gewährt ihm eine Teilnehmerrolle am Kommunikationssystem Wirtschaft, weil ohne diese Garantie das Kommunikationssystem nicht generalisiert werden kann.“

bände und Gewerkschaften sind Hauptakteure des Tarifwesens, die die gebundene Freiheit wahrnehmen und dazu befähigt werden, als Tarifvertragsparteien Tarifnormen für die Mitglieder von Verbänden als Arbeitsbedingungen mit zwingender Wirkung zu vereinbaren. Die rechtliche Freiheit in Form der zweckgebundenen Tarifautonomie bedarf aber somit der rechtlichen Konstruktion, zumindest damit Koalitionen Tarifverträge mit Geltung für ihre Mitglieder schließen können. Andererseits wäre der Kompensationseffekt ebenso wie die Verfolgung des Bestimmungsziels überhaupt nicht realisierbar. Das Verständnis der Koalitionsfreiheit als auch eine „Freiheit durch" staatliche Ausgestaltung, wird deshalb gerade durch die institutionelle Grundrechtstheorie aufgreifbar,[153] denn die institutionelle Grundrechtstheorie versteht Grundrechte nicht nur als Abwehrrechte, sondern vor allem als ordnende soziale Institute, die durch die Rechtsordnung geschaffen und gepflegt werden.

Die Ermittlung der Funktionsbedingungen bezüglich der Zusammenarbeit der Tarifparteien des Koalitionssystems ist Ziel der Arbeit. Das für die Fragestellung nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifparteien entwickelte Verständnis der Koalitionsfreiheit wird somit durch die institutionelle Grundrechtstheorie unterstützt. Denn durch die Koalitionsfreiheit als verfassungsrechtlich angebotenes System wird gerade eine Institution im *Luhmann*schen Sinne verfassungsrechtlich gesichert.

Dem Vorwurf, dass die institutionelle Grundrechtstheorie lediglich eine „frei gegriffene" Verlängerung der Grundrechte sei, die keinen Anklang im Wortlaut der Grundrechtsnormen finde, sondern vielmehr „von Außen" künstlich geschaffene „freie Theoriebildung" sei,[154] kann entgegen gehalten werden, dass gerade der Wortlaut einiger Grundrechte auf ihren institutionellen Charakter verweist, z. B. bei der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 und 2 GG oder dem Recht auf Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG. Gerade durch die Formulierung des Art. 9 Abs. 3 GG, die der des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG[155] durchaus ähnelt, wird das Recht „für jedermann und für alle Berufe" festgesetzt, die Möglichkeit zu haben Vereinigungen zu bilden, welche die Tarifautonomie wahrnehmen, um sozial angemessene Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu schaffen. Somit ist dem Wortlaut der Koalitionsfreiheit durchaus eine ordnende Zielsetzung zu entnehmen, die den Grundgesetz immanent ist.

Die Erkenntnis, dass gerade die institutionelle Grundrechtstheorie die Wirklichkeitsordnung, der Lebensbereiche einer Rechtsgemeinschaft in einer Grundrechtstheorie abbildet, wird selbst von manchen Kritikern nicht negiert.[156] Dennoch wird daraus nicht gefolgert, dass es notwendig wäre, den Grundrechten nicht

---

[153] Das Bundesverfassungsgericht nimmt bei Art. 9 Abs. 3 GG eine betont institutionelle Lesart ein, dies stellte bereits *E.-W. Böckenförde* 1974 fest; *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1537).

[154] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 62f.

[155] Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG lautet: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet."

[156] Siehe hierzu: *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 62.

nur eine abwehrrechtliche Funktion (wie bei der ursprünglichen, am Wortlaut der Grundrechte orientierten liberalen Grundrechtstheorie), sondern auch eine leistungsrechtliche Funktion zuzuschreiben. Es wird argumentiert, dass die Einsicht, dass die gegenwärtige reale Freiheit allein mit Abwehrrechten nicht zu begründen ist, nicht dazu berechtige, Freiheitsgarantien in Garantien institutionalisierter Freiheit umzudeuten.[157]

Dem ist zu widersprechen. Warum sollte nicht ein neues Erklärungsmodell aus dem Telos der Grundrechte angesichts bestehender Mängel der Grundrechtstheorien hervorgebracht werden, um die Freiheitssphären besser zu erfassen?

Die institutionelle Grundrechtstheorie ist für die Koalitionsfreiheit am geeignetsten, da sie das Spektrum der Koalitionsfreiheit funktional in seiner Gesamtheit zu erfassen vermag, ohne bestimmte Aspekte zu stark zu akzentuieren und dennoch klar genug ist, um eine für der Koalitionsfreiheit gerechte Interpretationsleitlinie zu schaffen.

III. Zwischenergebnis

Die institutionelle Grundrechtstheorie verfolgt das Ziel, den verschiedenen Relationen, in denen Grundrechtsträger sowohl gegenüber dem Staat als auch gegenüber anderen Grundrechtsträgern stehen, umfassend gerecht zu werden. Grundrechte erfahren durch diese Grundrechtstheorie eine funktionale Ausrichtung, da sie thematisch bzw. relationistisch-kontextspezifisch, also funktional, ausgelegt werden können.

Gerade (auch) im Hinblick auf die Frage nach der gem. Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG intendierten Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, ist eine institutionelle Grundrechtstheorie den folgenden Überlegungen zum Gewährleistungsgehalt der Koalitionsfreiheit zugrunde zu legen. Denn die Fragestellung nach der verfassungsrechtlich intendierten Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien handelt von den Systemvoraussetzungen der Zusammenarbeit der Tarifpartner, da die assoziative Selbsthilfe durch Kollektivverbände der Arbeitnehmer und Arbeitgeber in Zusammenarbeit ausgeübt wird. Durch die verfassungsrechtliche Manifestation eines Rechtssetzungssystems, welches durch die Betroffenen selbst ausgeübt werden kann, wird die rechtliche Freiheit der Regelung der eigenen Angelegenheiten auf die Grundrechtsträger übertragen und institutionalisiert.

Somit ergibt die Auswertung der einzelnen wichtigsten Grundrechtstheorien als Vorfrage für die weitere Untersuchung zum verfassungsrechtlich intendieren Verhalten hinsichtlich der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, dass ein institutionell-funktionales Grundrechtsverständnis der Koalitionsfreiheit für die weiteren Überlegungen zugrunde zu legen ist.

---

[157] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 62.

B. Schutzbedarf und Schutzkonzeption des Koalitionssystems

Die Wurzel der Koalitionsfreiheit ist, wie bereits im geschichtlichen Teil ausgeführt, der Konflikt zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf einzelvertraglicher Ebene.[1] Die sich aus der ungleichen Verhandlungssituation für die Arbeitnehmer ergebende strukturelle Unterlegenheit sollte durch das kollektive Handeln der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände überwunden werden, um die materielle Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer gewährleisten zu können.

Prämisse der Freiheit, sich in einem Kollektivverband mit anderen Gleichgesinnten zusammenzuschließen und durch ein Kollektiv Regelungen aushandeln zu lassen, welche für das einzelne Koalitionsmitglied selbst verbindlich und bindend sind, ist die Bereitstellung des Systems der Kollektivautonomie als solches. Ohne die Bereitstellung und Etablierung eines derartigen Systems, welches die Kollektivverbände zur Rechtsetzung berechtigt, kann der einzelne Freiheitsträger seine individuelle Koalitionsfreiheit und somit regelmäßig auch seine individuelle materielle Vertragsfreiheit nicht wirksam ausüben.

Die Koalitionsfreiheit musste somit zweigliedrig konzipiert werden: Einerseits zielte sie darauf ab, die „strukturell ungleiche[n] Verhandlungsstärke“[2] der Arbeitnehmer zu überwinden und andererseits sollte die Koalitionsfreiheit ein System der Kollektivautonomie als Ergänzung zur Privatautonomie bereitstellen, um Funktionsdefizite der Privatautonomie durch ein funktionierendes Tarifvertragssystem zu kompensieren.[3] Dabei beinhaltet ein funktionierendes Tarifvertragssystem nicht nur die Gewährleistung der möglichen Bildung von Gewerkschaften und Arbeitgebern, sondern darüber hinaus auch die Gewährleistung ihrer Existenz sowie die Garantie bestimmter Themen und Methoden ihres kollektiven Interessenausgleichs gegen staatliche Eingriffe und andere Beeinträchtigungen.[4]

Art. 9 Abs. 3 GG kann der Gedanke des Verfassungsgesetzgebers entnommen werden, dass der Individualarbeitsvertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ein „unzureichendes Instrument zur Begründung eines sozial angemessenen Arbeitsverhältnisses“ sein könne, und daher die Möglichkeit des Aushandelns der Regelungen durch Tarifparteien gewährleistet sein soll.[5] Im Folgenden sind Schutzbedarf und Schutzkonzeption der Koalitionsfreiheit bezogen auf die Zusammenarbeit der Tarifparteien und ihr Bestimmungsziel darzustellen. Dabei ist das soeben ermittelte institutionelle Grundrechtsverständnis zugrunde zu legen.

---

[1] Siehe unter Zweites Kapitel.

[2] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 18f.

[3] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 18f.; vgl. *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (298).

[4] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 19.

[5] BVerfGE 34, 307 (316f.).

Woraus ergibt sich der Schutzbedarf der Koalitionsfreiheit? Worin liegt ein solcher Schutzbedarf? Was trägt dies für die Zusammenarbeit der Interessenverbände aus? Kurzum: Was und wen will die Koalitionsfreiheit schützen? Und was ergibt sich aus dieser Konzeption für die Untersuchung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit von Gewerkschaft und Arbeitgeberverband?

I. Perspektiven

Historischer Ausgangspunkt der Koalitionsfreiheit ist die Kompensation der vorgefundenen Imparität zu Lasten der Arbeitnehmer durch die Tarifvertragsparteien.[6] Die Tarifautonomie sollte somit dazu dienen, die Individualinteressen durch Kollektivverbände in einen sozial angemessenen Ausgleich zu bringen. Folgende Perspektiven liegen der Suche nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien zugrunde:

1. Systemisch-funktionelle Perspektive

Die Koalitionsfreiheit ist nicht lediglich als Grundrecht des einzelnen Grundrechtsträgers zu begreifen, sondern der Fokus des Art. 9 Abs. 3 GG muss vielmehr in der Manifestation eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems und damit verbunden im Schutz der die Tarifautonomie ausübenden Tarifvertragsparteien des Systems liegen. Um ein funktionsfähiges Tarifsystem rechtlich gewährleisten zu können, müssen die Tarifvertragsparteien als dessen Protagonisten mit der erforderlichen Tarifautonomie ausgestattet sein und die Grundbedingungen des Tarifsystems zur Verfügung gestellt werden.

Durch die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien vor allem bei der Ausübung der Tarifautonomie sollen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gleichberechtigt durch Kollektive – im Gegensatz zu einzelvertraglichen Regelungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern – ausgehandelt werden. Insofern ist der Koalitionsfreiheit eine Kompensationswirkung zugunsten der privatautonom Handelnden immanent. Diese durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG intendierte Kompensationswirkung der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer kann erst durch die Kollektive erzielt werden. Diese sind daher verfassungsrechtlich besonders schützenswert und geschützt.

Kollektivverbände, welche diesen Ausgleich erbringen sollen, sind in aller Regel die den Tarifvertrag schließenden Tarifvertragsparteien: Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften.[7] Sie sind, als Hauptakteure des Tarifsystems, hinsichtlich der gemeinsamen und gemeinschaftlichen Zusammenarbeit aufeinander als gleich starke Kräfte angewiesen, um das verfassungsrechtlich verankerte Bestimmungs-

[6] *E. Picker*, Ursprungsidee und Wandlungen des Tarifvertragswesens, in: Gedächtnisschrift für B. Knobbe-Keuk, S. 879 (S. 881ff.).

[7] Nach § 2 Abs. 1 TVG ist es auch möglich, dass der Arbeitgeber selbst Tarifvertragspartei ist.

ziel der Koalitionen, nämlich die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ (Art. 9 Abs. 3 GG), zu erreichen. Um als gleichberechtigte Partner dieses Systems angemessene Regelungen aushandeln zu können, ist ein rechtlicher Rahmen unumgänglich.

Grundstein des Koalitionswesens ist das Aushandeln der Tarifverträge und das Ergebnis ihrer Zusammenarbeit, der Tarifabschluss. Nur durch die gegenseitige, partnerschaftliche Zusammenarbeit, welche die Maxime der Achtung der gegenseitigen Koalitionsbetätigung verfolgt, sind Tarifabschlüsse möglich. Das System basiert somit auf dem gemeinsamen Finden von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, die gerecht und sozial angemessenen sind. Durch das gegenseitige Nachgeben und Entgegenkommen können reziprok annehmbare Bestimmungen getroffen werden. Die gezielte Zusammenarbeit der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften zur Schaffung sozial angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für das Modell der Tarifautonomie sinn- und systemstiftend. Wird die Koalitionsfreiheit des antagonistischen Vertragspartners nicht geachtet, so wird gleichzeitig die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in Mitleidenschaft gezogen, da das System der Tarifautonomie auf der Gleichheit der Freiheitsausübung der Vertragspartner basiert.

Verfassungsrechtlich intendiert ist somit grundsätzlich eine Verpflichtung der Tarifvertragsparteien zu einem Verhalten, welches ihrer Funktion als Verhandlungs- und Tarifvertragspartner im Tarifsystem mit dem Bestimmungsziel der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerecht wird. Dies bedeutet, dass die Koalitionen aufgrund ihrer wechselseitigen Angewiesenheit gegenseitig zur Achtung der Freiheit des Anderen verpflichtet sind. Die Bindung der Koalitionen an das Bestimmungsziel bei der Ausübung ihrer rechtsgestaltenden Freiheit verpflichtet sie, innerhalb des verfassungsrechtlich entschiedenen Systems der Kollektivautonomie zu agieren und sich ihrer Funktion entsprechend zu verhalten, d.h. die Koalitionsfreiheit des anderen zu achten.

Damit die Koalitionen überhaupt in der Lage sind, sozial angemessene Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu treffen, ist ein rechtliches Gerüst an Grundvoraussetzungen für ihre Koalitionstätigkeit und insbesondere die Tarifautonomie unabdingbar.

2. *Teleologisch-funktionelle Perspektive*

Die zweite Perspektive für die Beantwortung der Frage nach dem verfassungsrechtlich intendierten Verhalten der Tarifvertragsparteien zueinander knüpft an ein mögliches verfassungswidriges Verhalten einer Koalition gegenüber ihrem Gegenspieler an, bzw. an die Frage, wann die Funktionsvoraussetzungen der Tarifautonomie gestört sind.

Die Tarifvertragsparteien erfüllen das in Art. 9 Abs. 3 GG genannte Bestimmungsziel durch die Ausübung der Koalitionsfreiheit nur dann, wenn und soweit beide Tarifvertragsparteien ihre verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit zum

Abschluss von Tarifverträgen, die Tarifautonomie, selbstbestimmt ausüben können. Die Selbstbestimmung der Koalition trägt die Gewähr für eine gerechte Interessenauseinandersetzung zwischen Kapital und Arbeit.

Die Koalitionen schließen als Interessenvertretungsverbände ihrer Mitglieder für diese Tarifverträge ab, die zunächst einmal zwischen den Tarifvertragsparteien nichts anderes als schuldrechtliche Verträge sind und auf welche die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden. Bei der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien insbesondere im Zeitraum der Tarifvertragsverhandlung haben die Tarifvertragsparteien bei der Ausübung ihrer Freiheit die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu achten. Das bedeutet, dass nur bei Vorliegen materieller Freiheit zwischen beiden Tarifvertragsparteien gerechte und sozial angemessene Tarifabschlüsse getroffen werden können, die auf einem beidseitigen, selbstbestimmten Freiheitsgebrauch beruhen. Andernfalls würden die Koalitionen der teleologischen Sinnhaftigkeit der Tarifautonomie als Kompensation der Privatautonomiedefizite nicht gerecht werden. Bei einer Ungleichgewichtslage zwischen den Kollektivverbänden ist eine dem Grundrecht immanente Zweckerfüllung der Tarifautonomie als gerechtes Ausgleichsverfahren zwischen den widerstreitenden Parteiinteressen nicht mehr sicher gestellt. Kann die Gewerkschaft als Tarifvertragspartei die Kompensation der strukturellen Unterlegenheit durch ihre Koalitionstätigkeit nicht mehr erbringen, so kann sie auch ihre verfassungsrechtliche Bestimmung nicht erfüllen.

Eine Verletzung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems bzw. der Tarifautonomie liegt bei einer evidenten Vertragsimparität zwischen den Tarifvertragsparteien vor. Es kommt für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien somit maßgeblich darauf an, ob sie annähernd gleich starke Verhandlungspartner sind. Dies ist nicht nur anhand rechtlicher, sondern auch anhand tatsächlicher Faktoren zu ermitteln. Besteht zwischen ihnen ein strukturelles und nicht nur graduelles Ungleichgewicht, so erschüttert dies die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, weil die Gewerkschaften dann nicht mit einem größeren Maße an Selbstbestimmung als der einzelne Arbeitnehmer gegenüber dem einzelnen Arbeitgeber auftreten und demgemäß auch keine vertragsgerechte Lösung erzielen können. Da die Berechtigung der Tarifautonomie als Kollektivautonomie in der Kompensation der Freiheitsdefizite der Privatautonomie liegt, verliert das System seine Legitimation, wenn die Sozialpartner diese nicht gewährleisten können. Stellt der Tarifvertrag nicht das Ergebnis eines gleichberechtigten und damit sozial gerechten Entscheidungsprozesses dar, so muss die Rechtsordnung einschreiten, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und die Tarifautonomie der unterlegenen Koalition zu schützen, d.h. einzugreifen sobald rechtliche oder tatsächliche Einflussfaktoren dazu führen, dass ein evidentes Kräfteungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien besteht. Die verfassungsrechtlich garantierte Parität zwischen den Tarifvertragsparteien muss also einen Niederschlag im einfachgesetzlichen Recht finden.

3. *Gang der Untersuchung*

Aufgrund dieser Perspektiven bietet es sich an, die weitere Untersuchung nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, also die verfolgte verfassungsrechtliche Maßstabsbildung für die Zusammenarbeit, anhand zweier Untersuchungsstränge zu verfolgen:

Im ersten, dem systemisch-funktionellen Auslegungsansatz, soll die Frage behandelt werden, innerhalb welchen Systems die Tarifvertragsparteien die Tarifautonomie ausüben. Hierdurch soll im Wege der genauen Klärung der Frage, welches Koalitions- und Tarifvertragssystem Art. 9 Abs. 3 GG vorgibt, das Verhältnis der Tarifvertragsparteien innerhalb des Systems erhellt werden.

Im zweiten, teleologisch-funktionellen Auslegungsansatz soll die Frage nach dem Sinn und Zweck des Systems der Tarifautonomie beleuchtet werden. Hierdurch soll der Maßstab gefunden werden, anhand dessen bestimmt werden soll, wann eine die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erschütternde Ungleichgewichtslage zwischen den Tarifvertragsparteien vorliegt und welche Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien aus dem Telos der Koalitionsfreiheit zu entnehmen sind.

II. Systemisch-funktionelle Auslegung: Welches Verständnis der Tarifautonomie liegt dem Tarifvertragssystem zugrunde?

Zunächst ist es erforderlich, das Verständnis der Tarifautonomie und dasjenige des Tarifsystems, welches durch die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG ermöglicht wird, zu ergründen.

Durch die Untersuchung des Verständnisses der Tarifautonomie soll auch die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien und ihre Bedeutung innerhalb dieses Systems erschlossen werden. Denn maßgeblich für die Bestimmung eines verfassungsrechtlich intendierten Verhaltensmaßstabes zwischen den Tarifvertragsparteien bei ihrer Zusammenarbeit ist, in welcher Art von System die Koalitionen zusammenarbeiten und welche Aufgabe sie haben bzw. welches Bestimmungsziel sie verfolgen.

„Herzstück“[8] der Koalitionsfreiheit ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die Tarifautonomie.[9] Berechtigung und Existenzgrund der Tarifautonomie ist ihre Funktionserfüllung: der Ausgleich der regelmäßig im Arbeitsrecht vorgefundenen gestörten Vertragsparität[10] des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, demnach die „Herstellung fairer Verhandlungschancen“.[11]

---

[8] *F. Maschmann,* Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 7ff.

[9] Statt vieler: BVerfGE 84, 212 (224); 88, 103 (114); 92, 26 (38); *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 20.

[10] *H. Ehmann/T.B. Schmidt*, NZA 1995, 193 (198).

[11] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 112; *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung, Rn. 4ff.

Die Tarifautonomie bietet den in Gewerkschaften organisierten Arbeitnehmern die Möglichkeit der gleichgewichtigen Einwirkung auf Arbeitsbedingungen wie Lohn, Arbeitszeit etc. und damit die Option der „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens".[12] Der Hauptgehalt der Tarifautonomie besteht also darin, zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Vertragsparität zu schaffen.[13] Zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht zwar formal ein rechtliches Gleichgewicht, d.h. der einzelne Arbeitnehmer ist nicht gezwungen, die ihm vom Arbeitgeber angebotene Arbeitsstelle anzunehmen;[14] „normative Parität" darf aber keinesfalls ohne Umschweife gleichgesetzt werden mit einer Situation, in der zwei wirtschaftlich ungleich starke Individuen aufeinander stoßen.[15]

Für den Rechtsbereich des Arbeitsrechts wurde bereits früh erkannt, dass ein gerechter, sozialverträglicher Ausgleich zwischen den beiden gegenüberstehenden Positionen nicht über die Privatautonomie zu erreichen ist.[16] Somit kann zwar formal-rechtliche Gleichheit zwischen den Vertragspartnern bestehen, welche allerdings nicht gleichbedeutend mit dem Umstand ist, dass die Vertragspartner auch tatsächlich auf Augenhöhe die Bestimmungen ihres Vertrages selbstbestimmt aushandeln. *D. Grimm* fasst dies wie folgt zusammen:

> *„Sind alle gleich frei und also zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse auf Verträge angewiesen, dann kann sich daraus ein gerechter Interessenausgleich nur ergeben, wenn der gleichen rechtlichen Freiheit auch ein annähernd materielles Kräftegleichgewicht entspricht. Andernfalls ist Vertragsfreiheit gleichbedeutend mit dem Recht des Stärkeren."*[17]

1. *Grundrecht der Koalitionsfreiheit als Kollektivgrundrecht der Tarifvertragsparteien*

In zweierlei Hinsicht hat Art. 9 Abs. 3 GG eine außerordentliche Stellung[18] innerhalb der Grundrechte inne: Zum einen durch die auf der Ebene des Schutzbereiches vorgenommene Charakterisierung als zweckgebundene Freiheit, „zur Wahrung und Förderung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen". Zum anderen durch die wörtlich festgesetzte und somit ausdrücklich beabsichtigte unmittelbare Drittwirkung in Art. 9 Abs. 3 2 GG:[19]

> *„Abreden, die dieses Recht einschränken und zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig."*

[12] BVerfGE 4, 96 (107); *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung, Rn. 78; *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung, Rn. 13ff., 17 m. w. N.

[13] BVerfGE 92, 365 (395); 84, 212 (229); *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 4; ähnlich *C.-H. Germelmann*, Theorie und Geschichte des Streikrechts, S. 17f.

[14] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 3.

[15] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 3.

[16] BVerfGE 34, 307 (316); *O. Meisen*, , Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, S. 38 m. w. N.

[17] *D. Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, S. 142.

[18] *O Meisen*, Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, S. 12.

[19] *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 901.

Beide Besonderheiten veranschaulichen die soziale Schutzrichtung der Koalitionsfreiheit[20]: Die Zweckbindung der Koalitionen ist hierbei sowohl als Kompetenznorm als auch als Aufgabenspektrum zu verstehen.[21] Zugleich ist der verfassungsrechtlich manifestierte Zweck ein Gestaltungsauftrag an die Koalitionen, welcher durch § 1 Abs. 1 TVG konkretisiert[22] wird. Durch die bedeutungsvolle Tätigkeit der Koalitionen, die eigenen Arbeitsbedingungen, d.h. diejenigen der im Kollektiv organisierten Arbeitnehmer, zu regeln, werden die Koalitionen von manchen Vertretern der Literatur sogar als Träger der „sozialen Selbstverwaltung“ [23] angesehen.

a. Grundrechtsberechtigung

Das Individualgrundrecht wird zweifellos durch die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG gesichert. Bezüglich der kollektiven Ausrichtung der Koalitionsfreiheit besteht hingegen keine Einigkeit. Die grundrechtsdogmatische Frage, ob die Tarifvertragsparteien selbst verfassungsrechtlich aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG mit Rechten ausgestattet sind[24] oder ob die Koalitionen ihre Grundrechtsberechtigung erst gem. Art. 9 Abs. 3 i. V. m. 19 Abs. 3 GG erhalten, ist umstritten.[25] Die Beantwortung dieser Frage ist entscheidend für die Bestimmung der Bedeutung der Koalitionen im Tarifsystem, da die Entscheidung über die Gewährleistung eines Doppelgrundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG, auch eine inhaltliche Auslegung und Ausrichtung der Koalitionsfreiheit darstellt. Zu dem Ergebnis, dass sowohl Arbeitgeber- als auch Arbeitnehmerkoalitionen grundrechtsberechtigt sind, kommen indes beide Ansichten.

Das BVerfG nahm sich dieser Fragestellung bereits in seiner ersten Entscheidung zum Koalitionsrecht im Jahre 1954[26] an:

---

[20] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 10.

[21] *U. Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 238.

[22] Vgl. *M. Löwisch*, JZ 1996, 812 (816f.).

[23] *O. Meisen*, Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, S. 16; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 10.

[24] BVerfGE 4, 96 (96, 1. Ls., 101f.); 17, 319 (333); 19, 303 (312, 319); 28, 295 (304); 44, 322 (340); 50, 290 (367); 55, 7 (21); 57, 220 (245); 84, 212 (224); 88, 103 (114); 92, 26 (38); 92, 365 (393); 93, 352 (357); 94, 268 (283); 100, 271 (282); 103, 293 (304); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 799; *F. Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 14ff.; *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 17; *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 69; *H.D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 37ff.; *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 72; *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung, Rn. 68ff. m. w. N.

[25] *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 135ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 170; *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 25; *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 67 m. w. N.; *W. Zöllner* vertritt die Auffassung, dass das Grundrecht der Koalitionsfreiheit als einheitliches Grundrecht auszulegen sei und hinsichtlich der Grundrechtsausübung eine gestufte Zuständigkeit bestünde, siehe *W. Zöllner*, AöR 1973, 71ff.

[26] BVerfGE 4, 96ff.; nach *W. Zöllner* stellt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts E 4, 96 ein „für die Entwicklung der Verfassungsinterpretation hochbedeutsames Urteil“ dar, da es sich als erste Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zum Koalitionsrecht maßgeblich mit den Gewährleistungsgehalten der Koalitionsfreiheit befasste, *W. Zöllner*, AöR 1973, 71 (74).

Anhand einer historischen Auslegung, welche den Unterschied zwischen Art. 165 WRV und Art. 9 Abs. 3 GG herausarbeitet, wird festgestellt, dass das Grundgesetz Verbände der Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie ihrer geschlossenen Vereinbarungen so ausdrücklich wie in Art. 165 WRV nicht anerkennt.[27] Dies führe aber nicht zu dem Schluss, dass sich das Grundgesetz gegen den Schutz der Koalitionen als solche durch Art. 9 Abs. 3 GG entschieden habe:

> *„Die Auffassung, daß die Vereinigung selbst in den Schutz des Grundrechts der Koalitionsfreiheit mit einzubeziehen sei, trifft auch für das Grundgesetz zu. Zwar fehlt hier eine dem Art. 165 Abs. 1 W[R]V entsprechende ausdrückliche Vorschrift über die Anerkennung der beiderseitigen Organisationen, sie war aber entbehrlich, weil das Grundgesetz unter Berücksichtigung des bestehenden verfassungs- und arbeitsrechtlichen Zustandes in den Ländern von der rechtlichen Anerkennung der Sozialpartner als selbstverständlich ausgehen konnte.“*[28]

Entscheidend sei für eine solche Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG die ausdrückliche Entscheidung der Verfassung für einen sozialen Rechtsstaat (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG).[29] Dies schließe eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit auf Einzelpersonen aus, denn die Ausdehnung auf soziale Gemeinschaften sei schon durch die WRV angebahnt worden.[30] Art. 9 Abs. 3 GG wird somit vom BVerfG trotz anderen Wortlautes als in der WRV wegen der historischen Entstehungsgeschichte des Grundrechts, in der Gesamtschau der Verfassung sowie in seiner Funktion als Doppelgrundrecht verstanden.

Gegen die Annahme eines Doppelgrundrechts[31] spricht nach der Auffasung von *R. Scholz* vor allem, dass Wortlaut und Entstehungsgrund der Koalitionsfreiheit einzig auf ein Individualgrundrecht abzielten.[32] Die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG schütze das Koalitionsdasein nur in der Person der sich im Verband zusammenschließenden Individuen.[33] Nur aus der individuellen Freiheit des Einzelnen leite sich der kollektive Tatbestand der Koalition her.[34] Der Wortlaut der Norm, insbesondere die in Art. 9 Abs. 3 GG festgesetzte Zweckbindung, schließen jedoch den Schutz der Koalitionen gerade nicht aus, denn nur durch die Zusammenarbeit der Koalitionen kann das Bestimmungsziel erreicht werden.

---

[27] BVerfGE 4, 96 (101).

[28] BVerfGE 4, 96 (101f.).

[29] BVerfGE 4, 96 (102).

[30] BVerfGE 4, 96 (102).

[31] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 23ff., 169ff. ist der Auffassung die Bezeichnung „Verbandsgrundrecht“ sei wesentlich zutreffender, da mit dieser klar zum Ausdruck gebracht werde, dass die kollektivrechtliche Grundrechtsgewährleistung zugunsten des gebildeten Verbandes gelten solle und nur nachrangig zugunsten des Schutzes von einzelnen, die sich im konkreten Verband zu einer Gruppe/Vereinigung zusammengeschlossen haben.

[32] *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 135ff.

[33] *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 72.

[34] *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 136.

Die Absicht des Verfassungsgebers war die Koalitionsfreiheit als Mittel zur Stiftung sozial angemessener Arbeitsbedingungen zu gewährleisten.[35] Protagonisten dieses Systems sind die Tarifvertragsparteien, die durch ihr Handeln das System bilden. Eine verfassungsrechtlich gewährleistete Koalitionsfreiheit kann nur dann „sinnvoll" sein, wenn die Koalitionen selbst, welche schließlich für die Erreichung des Freiheitszwecks der Koalitionsfreiheit verantwortlich sind, geschützt werden.[36]

Verfechter der sog. „Bündelungstheorie" vertreten die Auffassung, dass der Koalitionsfreiheit kein Verbandsrecht der Koalitionen zu entnehmen sei, sondern sie verstehen die kollektive Koalitionsfreiheit als gebündelte Ausübung der Rechte der Mitglieder durch den Verband.[37] Anliegen dieser Auffassung[38] ist es zu verhindern, dass der kollektiven Koalitionsfreiheit Eigenwert zukommt, da die Koalition nur gebündelte Mitgliederinteressen[39] vertrete. Denn durch das Zugeständnis eines eigenen Verbandsgrundrechts träten schwer lösbare Fragen zum (Rang)Verhältnis von Kollektivinteresse und Individualinteresse auf.[40] Doch selbst die Befürworter der Bündelungstheorie sprechen den Verbänden ihre Rechtsinhaberschaft nicht ab, sondern konstruieren die Grundrechtssubjektivität der Verbände über Art. 19 Abs. 3 GG.[41]

Die Absicht der Verfechter der Bündelungstheorie, Art. 9 Abs. 3 GG lediglich als Individualgrundrecht auszulegen, um zu verhindern, dass den Verbänden Eigenwert zukommt, befremdet. Die Konstruktion einer kollektiven Koalitionsfreiheit über Art. 9 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG wird nicht dem systembildenden und somit institutionellen Charakter des Grundrechts und der Bedeutung der Protagonisten dieses Koalitionssystems gerecht. Sicherlich kann es innerhalb eines Verbandes durch die unterschiedlichen Grundrechtspositionen von Individualgrundrechtsträgern zu Konflikten kommen,[42] in diesen Fällen ist jedoch stets konkret abzuwägen. Diese erforderliche Abwägung wird auch nicht anhand der Bündelungstheorie umgegangen. Denn schließlich kann es auch bei einer Grundrechtsberechtigung der Koalitionen nach Art. 9 Abs. 3 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG zu Konfliktlagen mit der Grundrechtsposition eines ihrer Mitglieder nach Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG kommen, die es zu lösen gilt. Der Eigenwert des Verbandsrechts ist vor allem darin zu sehen, dass die Koalitionen Träger und Säule eines Systems sind, welches fähig ist, Verhandlungsgleichgewicht zwischen strukturell ungleichen Vertragspartnern herzustellen. Die Koalitionen nehmen somit eine besondere Stellung im Staat ein, da sie die vielen unterschiedlichen Mitglieder in

[35] BVerfGE 34, 307 (316f.).
[36] BVerfGE 18, 18 (26).
[37] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 183.
[38] *W. Zöllner*, AöR 1973, 71 (79, 80).
[39] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 183 m. w. N.
[40] *W. Zöllner*, AöR 1973, 71 (79).
[41] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 184.
[42] Vgl. *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 184.

sich vereinen und sich diese durch das Kollektiv an seine Entscheidungen binden lassen.[43] Die Bündelungstheorie kann lediglich in den wenigen Fällen plausibel erscheinen, in denen innerhalb eines kleinen Verbandes Tarifverträge geschlossen werden, auf welche die Sonderinteressen, die Aufträge und der Wille der Mitglieder unmittelbar Einfluss nehmen können und sollen.[44] Allerdings ist die Vorstellung solch kleiner Verbände von der Rechtstatsächlichkeit der großen, die Wirtschaft beeinflussenden Verbände in Deutschland weit entfernt.[45]

Für die Annahme eines Doppelgrundrechts des Art. 9 Abs. 3 GG ist weiter der systematische Zusammenhang mit der Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG anzuführen. Aufgrund ihrer Ähnlichkeiten zu Art. 9 Abs. 1 GG kann auch bei der Koalitionsfreiheit eine kollektive Dimension angenommen werden,[46] da die allgemeine Vereinigungsfreiheit gemeinhin als Doppelgrundrecht verstanden wird[47]. Art. 9 Abs. 3 GG manifestiert durch die ausdrückliche Benennung eines Schutzzweckes einen eigenständigen Gewährleistungsgehalt, der keinesfalls in seiner Schutzdimension hinter der allgemeinen Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG zurücksteht, sondern vielmehr sind die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Vereinigungen aufgrund ihrer zeitweiligen heftigen Bekämpfung besonders schützenswert.[48]

Die Lesart eines Doppelgrundrechts der Koalitionsfreiheit kann sich ebenso auf die historische Genese des Art. 9 Abs. 3 GG berufen: Im Hinblick auf den Entstehungsprozess der Koalitionsfreiheit und anfängliche Widerstände wie beispielsweise die Sozialistengesetze, welche maßgebend die Existenz der Koalitionen bedrohten,[49] ist eine Lesart, welche den Koalitionen ein eigenes Grundrecht zuspricht, einleuchtend.[50] Auch die Tatsache, dass den Koalitionen in der WRV besonderer Schutz zuteilwerden sollte, indem sie in ihrem Bestand verfassungsrechtlich geschützt wurden, spricht dafür, dass durch das Grundgesetz diese Errungenschaft nicht aufgegeben werden sollte, auch wenn der Wortlaut der WRV nicht in das Grundgesetz übernommen wurde.

---

[43] BVerfGE 38, 281 (303); 50, 290 (353ff.); *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 73 m. w. N.

[44] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 183.

[45] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 183f.; vgl. auch *H. Seiter,* Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 87ff.

[46] *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung, Rn. 69; vgl. BVerfGE 84, 212 (224); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 799; a. A.: *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 861, 891.

[47] BVerfGE 13, 174 (175); 30, 227 (241); 80, 244 (253); 84, 372 (378); *H.D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 11; *D. Merten*, in: HStR VII, § 165 Rn. 28ff.; *W. Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 9 Rn. 23.

[48] *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung, Rn. 69.

[49] Siehe hierzu Zweites Kapitel: A. I.

[50] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 204.

Mittlerweile kann sogar aufgrund der über 50 Jahre umfassenden, ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der kollektiven Koalitionsfreiheit von Verfassungsgewohnheitsrecht gesprochen werden.[51]

Hauptargument gegen die Annahme eines Doppelgrundrechts ist, dass die Koalitionen unter Rückgriff auf Art. 19 Abs. 3 GG Grundrechtssubjektivität erlangen könnten.[52] Insofern sei die Konstruktion eines Doppelgrundrechts bei Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG aufgrund der Möglichkeit des Art. 19 Abs. 3 GG überhaupt nicht notwendig und unter dem Aspekt klar strukturierter Grundrechtsdogmatik abzulehnen.[53] Doch diesem rechtstechnischen Argument, welches sich fälschlicherweise auf die Grundrechtsdogmatik beruft, ist nicht nur wegen der mangelnden Beachtung der historischen und teleologischen Kontexte der Koalitionsfreiheit zu widersprechen. Es verkennt auch, dass sich trotz der Existenz des Art. 19 Abs. 3 GG eine Grundrechtsträgerschaft aufgrund des Grundrechtsinhaltes ergeben kann.[54] Der Herleitung der Grundrechtssubjektivität der Koalition nach Art. 9 Abs. 3 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG steht auch entgegen, dass für Art. 19 Abs. 3 GG eine Übertragbarkeit der individualrechtlichen Grundrechtgehalte auf die in Art. 19 Abs. 3 GG genannten „juristischen Personen" Voraussetzung[55] ist. Das in Art. 9 Abs. 3 GG festgesetzte Bestimmungsziel kann aber nur durch die grundrechtlich geschützten Koalitionen erreicht werden, da nur sie durch das Kollektiv die Kompensationskraft innehaben.[56] Die Wahrnehmung dieser Freiheit ist somit nicht durch die Individuen möglich, da das Grundrecht der Koalitionsfreiheit gerade an ein Freiheitsdefizit dieser Individuen anknüpft und darauf aufbaut.[57] Dadurch, dass die Koalitionsfreiheit im Gegensatz zu anderen Grundrechten die Akzentuierung eindeutig auf die durch Kollektivität gestärkte und realisierte Freiheitsausübung[58] legt, ist den Koalitionen aufgrund der Tarifautonomie Eigenwert und somit Grundrechtssubjektivität zuzugestehen.

---

[51] *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung, Rn. 72; Das Bundesverfassungsgericht selbst deutet Verfassungsgewohnheitsrecht durch den Terminus „feststehende[r] Rechtsprechung" an, BVerfGE 94, 268 (282); Andeutungen in diese Richtung ebenfalls beispielsweise bei *H.H. Rupp*, JZ 1998, 924ff.; *R. Waltermann*, Zu den Grundlagen der Rechtsetzung durch Tarifvertrag, in: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, S. 1251 (S. 1271).

[52] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 67.

[53] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 67; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 121f.

[54] Ähnlich *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 73f.

[55] *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 19 Rn. 48ff., 67ff., 78.

[56] *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 101.

[57] *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 73; *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 101 m. w. N.

[58] *W. Weber*, DVBl. 1969, 413 (417); vgl. *R. Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, S. 141 (S. 142).

Durch Kollektivvereinbarungen der Tarifvertragsparteien werden Arbeitsbedingungen für zahlreiche Arbeitnehmer sozial angemessen festgelegt sowie die Wirtschaftsbedingungen insgesamt durch die Tarifautonomie geordnet. Der Eigenwert der kollektiven Gewährleistung der Koalitionsfreiheit liegt in ihrer systemischen Ausgleichsfunktion, welche nur durch die Koalitionen für die Individuen mittelst der kollektiven Freiheitsausübung verwirklicht werden kann. Durch die kollektive Dimension der Koalitionsfreiheit wird ein besonderer „Bereich gesellschaftspolitischer Eigenverantwortung“ begründet.[59] Die Koalitionsfreiheit basiert auf dem historischen wie teleologischen Gedanken, dass der Zusammenschluss vieler Schwacher einen Ausgleich ihrer Unterlegenheit bietet. Dem ist auch durch die Anerkennung eines Doppelgrundrechts Rechnung zu tragen. Lehnt man ein eigenes Verbandsgrundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG ab, so wird dies weder der historischen Gewachsenheit der Koalitionsfreiheit noch dem in der Verfassung manifestierten Prinzip der assoziativen Selbsthilfe[60] gerecht.[61]

Die Kollektive der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber als Einrichtungen des Tarifvertragssystems haben somit aufgrund ihrer systemstiftenden Funktion einen Eigenwert,[62] weshalb den Koalitionen unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG ein Verbandsgrundrecht zuzuschreiben ist. Erst durch die Vereinigung im Kollektiv ist für den Einzelnen die Freiheitsausübung zur Regelung angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen möglich. Die kollektive Freiheitsausübung dient somit der individuellen Freiheit, erst durch sie ist eine Überwindung der Freiheitsdefizite des Einzelnen im Arbeitsleben möglich, daher muss sie aus dem Grundrecht selbst folgen.

b. Geschütztes Verhalten

Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalitionen als solche in ihrem Bestand und ihrer organisatorischen Ausgestaltung.[63] Zum Bestandsschutz gehören „die Selbstbestimmung der Koalitionen über ihre eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte.“[64] Der Grundrechtsschutz erstreckt sich auch auf die Koalitionszweckverfolgungsgarantie[65] bzw. Koalitionszweckgarantie[66]. Von dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst werden all diejenigen Tätigkeiten, die dem Aufgabenkomplex der „Wahrung und Förderung der

---

[59] *P. Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, S. 26f.

[60] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 158; *R. Scholz*, in: HStR VIII, § 175 Rn. 26; *M. Kittner/D. Schiek*, in: AK-GG, Art. 9 Abs. 3 Rn. 80ff.; *W. Höfling*, in: Sachs, GG Art. 9 Rn. 52.

[61] *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 73.

[62] Ähnlich *K.-H. Ladeur*, AöR 2006, 643 (649).

[63] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, Rn. 40.

[64] BVerfGE 50, 290 (373); 100, 214 (221); vgl. BVerfGE 100, 271 (282).

[65] Vgl. *C.W. Hergenröder*, in: HWK, ArbR-Kommentar, GG, Art. 9 Rn. 75f. Ebenso wird die Koalitionszweckverfolgungsgarantie auch vielfach „nur“ als Betätigungsgarantie bezeichnet (*Zöllner/Loritz/Hergenröder,* ArbR, S. 100).

[66] Bezeichnung beispielsweise bei *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 241f.

Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ Geltung verschaffen.[67] Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ist vor allem funktional auszulegen, somit vom normativ vorgegebenen Zweck her zu verstehen.[68]

Lange Zeit wurde die sog. Kernbereichslehre vom Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsbetätigungen vertreten.[69] Nach dieser Lehre sind die Koalitionsbetätigungen geschützt, die für Erhaltung und Sicherung des Bestandes der Koalition unerlässlich (Unerlässlichkeitsformel)[70] und höherwertig als andere entgegenstehende Rechtsgüter (Abwägungsformel)[71] sind.[72]

> *„Demgemäß geht das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionsfreiheit nur in ihrem Kernbereich schützt […]. Das Grundrecht räumt den geschützten Personen und Vereinigungen nicht mit Verfassungsrang einen inhaltlich unbegrenzten und unbegrenzbaren Handlungsspielraum ein […]; es ist vielmehr Sache des Gesetzgebers, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, daß er die Befugnisse der Koalitionen im einzelnen gestaltet und näher regelt. Dabei kann er den besonderen Erfordernissen des jeweils zu regelnden Sachverhalts Rechnung tragen. Allerdings dürfen dem Betätigungsrecht der Koalitionen nur solche Schranken gezogen werden, die zum Schutze anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind. Regelungen, die nicht in dieser Weise gerechtfertigt sind, tasten den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Kerngehalt der Koalitionsbetätigung an […].“*[73]

Das BVerfG benutzte trotz ihrer grundrechtstheoretisch konträren Ausrichtung beide Formeln, ohne dass offensichtlich wurde, nach welchem Kriterium die eine oder die andere Formel herangezogen wurde.[74] Die Kernbereichslehre ist bis zur Entscheidung BVerfGE 84, 212 stets angewandt worden, wenn es um die Bestimmung der geschützten Verhaltensweisen der Koalitionen ging. In diesem Ur-

---

[67] Statt vieler BVerfGE 19, 303 (312); 42, 133 (138); 50, 290 (367); BAGE 93, 190 (201f.); *H.D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 38.

[68] Hierzu näher *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 96ff., 117ff.

[69] Siehe statt vieler *R. Schwarze*, JuS 1994, 653 (655).

[70] BVerfGE 17, 319 (333f.): „Denn jedenfalls könnten nur solche Befugnisse der Gewerkschaften verfassungsrechtlich geschützt sein, die unerläßlich sind, damit sie auch im Bereich der Personalvertretung ihren Zweck, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern, wirksam verfolgen können. “; 19, 303 (313); 28, 295 (304); 57, 220 (246).

[71] BVerfGE 17, 319 (334): „Die Befugnis der Personalräte und der Personalversammlungen zu beschließen, daß Beauftragte der Gewerkschaften zur Teilnahme an den Sitzungen des Personalrats oder an den Personalversammlungen berechtigt sind, und das dieser Befugnis entsprechende Recht e Gewerkschaften, Beauftragte zu entsenden, ist im Hinblick auf die übrigen Regelungen der beiden bayerischen Gesetze über Personalvertretung nicht unerläßlich, um die Gewerkschaften in die Lage zu versetzen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder durch Betätigung bei der Personalvertretung wirksam zu wahren und zu fördern.“; 19, 303 (322); 57, 220 (246).

[72] *R. Schwarze*, JuS 1994, 653 (655).

[73] BVerfGE 50, 290 (368f.).

[74] *R. Schwarze*, 1994, 653 (655).

teil erweiterte das Gericht den Schutzumfang des Art. 9 Abs. 3 GG,[75] da nunmehr für den Schutz nach Art. 9 Abs. 3 GG jegliches Koalitionsverhalten genüge und die geschützten Verhaltensweisen nicht mehr auf Kernbereichspezifisches beschränkt seien.[76]

Versteht man die Koalitionsfreiheit funktional, so kann sie nach dieser neuen Lesart ihrem Zweck nur dadurch zur Erfüllung gereichen, indem auch die koalitionsmäßige Betätigung geschützt wird.[77]

Diese Benennung des mit dem Grundrecht verfolgten Zwecks innerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG, ist auch der maßgebliche Unterschied zu der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG.

Dem Wortlaut nach schützt Art. 9 Abs. 3 GG nur das Recht, Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden. Dies indiziert vor allem die individuelle Koalitionsfreiheit. Jedoch war für die Rechtsprechung nie zweifelhaft, dass eine Spezialregelung der Vereinigungsfreiheit ohne die gleichzeitige Gewährleistung eines kollektiven Ausgleichverfahrens, also der Tarifautonomie und des Arbeitskampfes, sinnlos wäre.[78] Denn wie könnte die Koalitionsfreiheit verfassungsgemäß und verfassungssinnig in Bezug auf die Realisierung des in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG festgelegten Zwecks ausgeübt werden, wenn neben der Bildung nicht auch die Betätigung als Koalition verfassungsrechtlich geschützt wird? Unmittelbar verwendet das Grundgesetz den Begriff der „Tarifautonomie“ zwar nicht, jedoch wird die Tarifautonomie als notwendige Garantie der Koalitionsfreiheit verstanden.[79]

Hinsichtlich der allgemeinen Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG sind Rechtsprechung und Literatur – aufgrund des Verfassungswortlautes – weitgehend der Auffassung, dass den Vereinigungen zwar ein Betätigungsrecht zustehen muss, dieses Betätigungsrecht sich aber nach anderen Grundrechten richtet.[80] Nach systematischer Auslegung könnte man zu dem Schluss kommen, dass –

[75] *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 897.

[76] Es wurde zwar – wie so häufig bei Rechtsprechungsänderungen des Bundesverfassungsgerichts – nicht ausdrücklich die Abkehr von der alten Rechtsprechung formuliert, aber immerhin wurden die bis dato verwendeten Formeln in den nachfolgenden Entscheidungen nicht mehr erwähnt, wodurch eine Abkehr de facto vollzogen wurde; vgl. hierzu auch *S. Reinemann*/*R. Schulz-Henze*, JA 1995, 811 (812ff.).

[77] BVerfGE 84, 212 (224): „Ein wesentlicher Zweck der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionen ist der Abschluss von Tarifverträgen. Darin sollen die Vereinigungen nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein (vgl. BVerfGE 44, 322 [341] m. w. N.; 50, 290 [367]). Die Wahl der Mittel die sie zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, überlässt Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich den Koalitionen (vgl. BVerfGE 18, 18 [29ff.]; 50, 290 [368]).“

[78] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 20.

[79] St. Rspr.; so bereits BVerfGE 4, 96 (99).

[80] BVerfGE 70, 1 (25); *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 GG Rn. 16ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 86; *M. Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 9 Abs. 1 GG, Rn. 6; *A. Rinken* in: AK-GG, Art. 9 Abs. 1 GG Rn. 54; *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 GG Rn. 45; abweichend *T. Schmidt*, Die Freiheit verfassungswidriger Parteien und Vereinigungen, S. 62ff.

parallel zur allgemeinen Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) – die Betätigung der Koalitionen (Art. 9 Abs. 3 GG) nicht in den Schutzbereich fällt. Diese Annahme erscheint aber bei der Koalitionsfreiheit nicht sachgerecht, zumal sie nach der hier vertretenen Auffassung ein eigenständiges Grundrecht darstellt.

Gerade die Koalitionsfreiheit ist ein Grundrecht, durch das systemischer Schutz bezüglich der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems, also des Modells für die sozial angemessenen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, geschützt werden soll. Mehr als andere Grundrechte ist es darauf angelegt, durch Kollektivität und kollektive Freiheitsausübung individuelle Freiheit zu verwirklichen.[81]
Eine solche zweckgebundene Koalitionsfreiheit, ohne gleichzeitigen Schutz der Betätigung der Koalitionen, wäre wertlos.[82] Eine Koalitionsbetätigungsfreiheit muss somit durch die Koalitionsfreiheit selbst gewährleistet sein, da dies existentiell für die Tätigkeit der Koalitionen ist, die ansonsten effektiv auch gar nicht ihren Vereinigungszweck, die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, verfolgen könnten.[83] Gerade durch den Zweckbezug der Koalition, der einen entscheidenden Unterschied zu Art. 9 Abs. 1 GG darstellt, deutet Art. 9 Abs. 3 GG auf eine Betätigung dieser speziellen Art von Vereinigung.[84]

Folglich ist jede koalitionsmäßige Betätigung im Rahmen ihres Bestimmungszweckes von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG geschützt.

In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen im Rahmen der Koalitionsbetätigungen vom 26.06.1991[85] wird der Zusammenhang zwischen Tarifvertrag und Arbeitskampf skizziert und hieraus eine Koalitionsmittelgarantie entwickelt. Arbeitskampfmaßnahmen seien notwendige Funktionsvoraussetzungen für die Tarifautonomie und als ultima ratio zur druckweisen Erzielung eines Tarifvertrages nötig und deshalb verfassungsrechtlich garantiert.[86] Das BAG führte hierzu in sinnbildlicher Sprache aus, dass ohne die Möglichkeit des Streiks die Tätigkeit der Gewerkschaft „nicht mehr als kollektives Betteln“[87] sei.[88] Arbeitskampfmaßnahmen als Mittel der Koalitionsbetätigungsfreiheit, welche auf den Abschluss von Tarifverträgen abzielten, seien jedenfalls von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, soweit sie allgemein erforderlich

[81] Vgl. *R. Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, S. 141 (142).
[82] BVerfGE 4, 96 (106) u. v. m.; *T. Dieterich*, Arbeitsgerichtlicher Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit, in: Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag, S. 114 (S. 120), *R. Schwarze*, JuS 1994, 653 (655).
[83] *S. Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, S. 51
[84] *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 133.
[85] BVerfGE 84, 212ff.
[86] BVerfGE 84, 212 (225); siehe auch *D.W. Belling*, ZevKR 2003, 407 (412).
[87] „Bei diesem Interessengegensatz wären Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Streik nicht mehr als kollektives Betteln.“ Aus: BAG, Urteil vom 12.09.1984 – 1 AZR 342/83 – juris.
[88] BAG, Urteil vom 10.06.1980 – 1 AZR 822/79 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 64.

für die Sicherstellung einer funktionierende Tarifautonomie seien.[89] Streik und Aussperrung sind somit ein Unterfall der Betätigungsfreiheit.[90] Da der Arbeitskampf innerhalb des Tarifvertragssystems in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Tarifautonomie steht, ist vielfach vom „Tarifvertrags- und Arbeitskampfsystem" die Rede.[91] Somit wird eine Funktionseinheit zwischen Tarifvertrag und Arbeitskampf angenommen.[92] Für die Betätigungs- und Koalitionsmittelgarantie lässt sich der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts entnehmen, dass alle dem Koalitionszweck dienenden Mittel garantiert sind, soweit sie zu dessen Verfolgung allgemein erforderlich sind, also alle für das Funktionieren des Tarifvertrags erforderlichen Handlungen.[93] Klargestellt sei aber: Ein „ausdrückliches" Grundrecht auf Streik besteht nicht, lediglich das Grundrecht auf Koalitionsbetätigung, welche sich auch in Form eines Streiks darstellen kann.[94] Dies veranschaulicht gleichzeitig, dass der Arbeitskampf innerhalb der Koalitionsbetätigungen der Tarifautonomie immer nachgeschaltet ist und ihr gegenüber einen dienenden Charakter hat.

Verfassungsrechtlich garantiert ist somit nicht das Koalitionswesen in seinen Zustand bei Inkrafttreten des Grundgesetzes oder in seiner jetzigen Ausprägung, sondern garantiert ist ein Minimum von Interessenauseinandersetzung und Interessenausgleich durch Kollektivautonomie.[95] Hierbei ist zu beachten, dass dieses Kollektivsystem ein mögliches und nicht ein vorgeschriebenes Systemkonzept darstellt.[96]

c. Tarifautonomie als verfassungsrechtliche Gewährleistung eines Systems

Das BVerfG befasste sich in seiner Entscheidung 84, 212 mit der Frage, welches Verhalten der Koalitionen geschützt ist, und auch mit dem Koalitionszweck, der schließlich die Koalitionsfreiheit zu einer zweckgebundenen Freiheit macht. Dabei stellte es folgendes fest:

---

[89] BVerfGE 84, 212 (225).

[90] *J. Rehm*, NZA 2011, 1211 (1212).

[91] So etwa in BVerfGE 50, 290 (371); LAG Stuttgart, Urteil vom 10.10.1978 – 1 Sa 30/78 – NJW 1979, 386 (387); ArbG Hamburg, Urteil vom 01.09.2010 – 28 Ca 105/10 - juris; *R. Giesen*, NZA 2009, 11 (16); *M. Lieb*, NZA 1994, 337 (340).

[92] *R. Richardi*, NZA 2002, 929 (931).

[93] *R. Schwarze*, 1994, 653 (655).

[94] *R. Richardi/G. Thüsing*, AuR 2002, 94 (95).

[95] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 155ff.

[96] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 166.

> *„Ein wesentlicher Zweck der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionen ist der Abschluss von Tarifverträgen. Darin sollen die Vereinigungen nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein (vgl. BVerfGE 44, 322 [341] m. w. N.; 50, 290 [367]). Die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, überlässt Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich den Koalitionen (vgl. BVerfGE 18, 18 [29ff.]; 50, 290 [368]).“*[97]

Wesentlicher Zweck der Koalitionsbetätigungsfreiheit ist demnach der Abschluss der Tarifverträge durch die freien Tarifvertragsparteien, wobei sie zur Erreichung dieses Ziels eine Koalitionsmittelfreiheit haben.

Legt man die verfassungsrechtliche These zugrunde, dass sich die Legitimation von Regelungen entweder aufgrund der Freiheit des Einzelnen oder aufgrund des Willens des Volkes ergibt,[98] so stellt sich die Frage nach dem Berechtigungsgrund und dem Ursprung bzw. der Legitimationsnatur der Tarifautonomie. Die Tarifautonomie als Möglichkeit der Rechtsgestaltung neben dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und der Privatautonomie sollte der Kompensation von Funktionsdefiziten der Privatautonomie dienen. Die Beantwortung der Frage nach dem Verständnis der Tarifautonomie bzw. dem Inhalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Tarifautonomie ist vor allem wegen des Problems, ob die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Vereinigungen als dem Staat zuzuordnende Vereinigungen anzusehen sind und damit möglicherweise an Grundrechte gebunden sind, oder ob die Vereinigungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer „nur“ dem Privatrecht zuzuordnen sind, wichtig. Zudem gibt die Kenntnis des Verständnisses der Tarifautonomie gleichzeitig auch Auskunft darüber, welche Aufgabe den Koalitionen im Kollektivsystem zukommt.

aa. Begriff und Funktion

> *„Unter Tarifautonomie versteht man im deutschen Recht die Befugnis der Tarifvertragsparteien, in freier Selbstbestimmung und ohne staatliche Einflussnahme Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge zu regeln, die mit unmittelbarer und zwingender Wirkung für die an die Tarifverträge Gebundenen gelten.“*[99]

Die Tarifautonomie ist die Befugnis der Arbeitgeber(verbände) und Gewerkschaften, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder in kollektiven Verträgen mit zwingender Wirkung selbstständig und selbstverantwortlich zu regeln.[100]

---

[97] BVerfGE 84, 212 (224).

[98] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 11 Rn. 7.

[99] *F. Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, 2007, S. 1.

[100] *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 1; *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 47.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts belege die Geschichte, dass auf diese Art Ergebnisse erzielt würden, welche den Interessen beider widerstreitenden Parteien und dem Gemeinwohl[101] besser gerecht würden als Entscheidungen, die auf staatlicher Schlichtung basieren.[102] Durch die Tarifautonomie werde ein Regelungsinstrument statuiert, welches den Beteiligten aufgrund ihrer erheblich größeren Sachnähe die Kompetenz verleihe, ihre eigenen Angelegenheiten zu regeln.[103]

Mittels Art. 9 Abs. 3 GG wird somit die wirtschaftliche bzw. gesellschaftliche Entwicklung der Arbeitswelt weitgehend den Koalitionen anvertraut und überlassen.[104]

Funktionell ist die Tarifautonomie „darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer bei Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen."[105] Sie beruht somit „auf der prinzipiellen Gleichberechtigung von Kapital und Arbeit im Rahmen einer kollektiven Kampf- und Ausgleichsordnung".[106] Die anderenfalls zu befürchtende Folge wäre, dass der zwischen den Parteien geschlossene Arbeitsvertrag zur „furchtbare[n] Waffe in der Hand des Starken, […] zum Mittel der Unterdrückung des Einen durch den Anderen, der schonungslosen Ausbeutung geistiger und wirtschaftlicher Übermacht"[107] würde. Dies spiegelt die Ausgleichsfunktion der Kollektivautonomie gegenüber der Privatautonomie wider, welche sich darin äußert, dass die strukturelle Unterlegenheit überwunden wird und dann gleichberechtigt zu verhandeln ist. In der Funktion der Tarifautonomie ist somit bereits angelegt, dass sie als Modell neben die Privatautonomie tritt und die im Arbeitsrecht innerhalb der Privatautonomie aufkommenden Freiheitsdefizite ausgleicht.

Durch die Tarifautonomie ergeben sich für das politische System in mehrfacher Hinsicht positive Effekte: Zum einen werden die Arbeitsregelungen in Form der Verhandlungsergebnisse der Interessenvereinigungen vom Einzelnen besser akzeptiert[108] und zum anderen trägt eine solche Auseinandersetzung, welche in einem Kompromiss zwischen Kapital und Arbeit mündet, zur sozialen Befriedung der Gemeinschaft bei[109]. Zudem wird der Staat aufgrund der Ausübung der Tarifautonomie durch die Tarifvertragsparteien entlastet und ein Stück weit aus der

---

[101] Siehe hierzu auch *J. Knebel*, Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl.

[102] BVerfGE 88, 103 (114f.).

[103] Vgl. BVerfGE 88, 103 (114f.); *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung, Rn. 80f.

[104] *W. Höfling*, in Sachs, GG, Art. 9 Rn. 52.

[105] BVerfGE 92, 365 (395); 84, 212 (229); 94, 268 (283); *J. Kühling*, AuR 2001, 241 (242).

[106] *P. Badura*, RdA 1974, 129 (131); vgl. *D.W. Belling*, ZevKR 2003, 407 (440).

[107] *O.F. v. Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 28f.

[108] *H. Weitbrecht*, Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie, S. 44ff.

[109] *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung, Rn. 82; vgl. auch *O.E. Kempen*, in: Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius, TVG, Grundlagen Rn. 80ff.

Verantwortung für angemessene Arbeitsbedingungen entlassen,[110] da durch die Tarifvertragsparteien „die Verantwortung für das wirtschafts- und sozialpolitische Geschehen zu einem wesentlichen, ja sogar dem entscheidenden Teil, in der Hand der großen Tarifpartner“[111] liegt. Außerdem tragen die Tarifvertragsparteien dazu bei, durch das Aushandeln von Arbeitsregelungen, welche Mindestbedingungen gleichkommen, Unterbietungskonkurrenz vorzubeugen (Kartellfunktion).[112]

bb. Inhalt

Dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG ist zwar keine ausdrückliche Garantie der koalitionsmäßigen Betätigung zu entnehmen. Jedoch ist unabhängig vom Streit, ob die Koalitionsfreiheit ein Doppelgrundrecht darstelle, auf das sich die Koalition direkt beziehen können oder ob der Koalitionsschutz nur durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG gewährleistet sei,[113] allgemein anerkannt, dass die Tarifautonomie vom Grundrechtsschutz erfasst sein muss[114]. Diese Einigkeit innerhalb von Rechtsprechung und Wissenschaft veranschaulicht, dass der Abschluss von Kollektivvereinbarungen (in aller Regel Tarifverträgen) zur Erlangung sozial angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Tarifvertragsparteien das Zentrum der kollektiven Betätigungsfreiheit bzw. des Koalitionswesens ist.[115] Die Tarifautonomie als Betätigungsform der Koalitionen wird somit verfassungsrechtlich geschützt.[116]

Die koalitionsmäßige Betätigung in Form der Tarifautonomie ist als sog. „Zwillingsgrundrecht“[117] ein Grundrecht beider sozialen Gegenspieler.[118] Zum einen ist die Tarifautonomie als Teilgewährleistung für das sozialstaatliche Gemeinwesen von zentraler Bedeutung und zum anderen für den Grundrechtsträger

[110] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert § 1 Rn. 21; *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung, Rn. 30.

[111] *W. Weber*, DVBl. 1969, 413 (417).

[112] *M. Weiss*, Zum Verhältnis von Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht, in: Liber amicorum Spiros Simitis, S. 467 (S. 467); *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung, Rn. 83a, 98ff.

[113] Siehe zu diesem Meinungsstreit Drittes Kapitel: B. II. 1. a.

[114] BVerfGE 18, 18 (26); 38, 281 (305f.); 44, 322 (340f.); 50, 290 (367); 94, 268 (283); 103, 293 (304); BAGE 46, 322 (331f.); *R. Krause* in: Jacobs/Krause/Schubert, Tarifvertragsrecht, § 1 Rn. 20; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 241f.; *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 84ff.; *F. Gamillscheg*, KollArbR I, S. 307ff.; *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 47; *J. Przybylski/H. Przybylski*, Hintergrundartikel: Tarifautonomie, S. 1; *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 82 m. w. N.; a. A.: *C. Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 294ff., S. 318ff., wonach die Tarifautonomie nicht nach Art. 9 Abs. 3 GG, sondern nach Art. 2 I GG bzw. 12 GG geschützt wird.

[115] *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 82; *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 83; BVerfGE 84, 212 (224).

[116] *F. Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, 2007, S. 7.

[117] Ursprünglich: *H. Wiedemann*, zitiert nach *R. Krause* in: Jacobs/Krause/Schubert, Tarifvertragsrecht, § 1 Rn. 20; aber auch mittlerweile durch andere Autoren als Topos benutzt, z. B. ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 51.

[118] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 51.

selbst von immenser Wichtigkeit, um den von der Verfassung zugesprochenen Freiraum zu autonomer Rechtsgestaltung nutzen zu können.[119] Hauptprodukte der Tarifautonomie sind die Tarifverträge. Der Tarifvertrag als das historisch gewachsene funktionstypische Mittel zur Erfüllung des Normziels ist im Tarifvertragsgesetz näher geregelt.[120] Inhalte des Tarifvertrages können aufgrund der Formulierung in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG („Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen") jegliche Regelungen innerhalb dieses Spektrums sein.[121]

cc. Tarifautonomie im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und hoheitlicher Ordnungsfunktion

Tarifvertragsparteien haben als Vertragsparteien des Tarifvertrages wie jede andere Vertragspartei den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs Folge zu leisten. Sie schließen schuldrechtliche Verträge in Form der Tarifverträge.[122] Der Tarifvertrag unterscheidet sich allerdings von anderen schuldrechtlichen Verträgen dadurch, dass er zugleich auch Normenvertrag[123] ist.[124] Der schuldrechtliche Vertragsteil regelt die Rechte und Pflichten der Vertragschließenden zueinander.[125] Normativer Vertragsteil sind die von den Tarifvertragsparteien aufgestellten Rechtsnormen,[126] welche „wie ein Gesetz" auf die Arbeitsverhältnisse der Tarifgebundenen wirken[127]. Tarifvertragsparteien werden somit einfachgesetzlich durch die Rechtsordnung in die Lage versetzt, durch einen Normenvertrag für die Tarifgebundenen Bestimmungen mit Normwirkung zu erlassen.

Diese besondere Stellung der Tarifvertragsparteien im Gegensatz zu anderen Vertragsparteien wirft die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Verständnis bzw. der Deutung der Tarifautonomie und somit ihrem Legitimationsursprung und der mit der Tarifautonomie verfolgten Aufgabe auf.

---

[119] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 51.

[120] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 84; hierzu tiefgehend: *F.J. Säcker/H. Oetker,* Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, S. 30ff.

[121] BAGE 64, 284 (290f.); *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 87, 54f.; dagegen eine restriktive Auslegung des Begriffspaares „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" bei *H. Sodan*, JZ 1998, 421ff.

[122] *A. Junker,* ArbR, Rn. 501; *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 510ff.; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, ArbR, § 34, S. 346: „Der Tarifvertrag ist seinem Grundtypus nach ein Vertrag, in dem Regeln vereinbart werden, die nach dem Willen der Tarifvertragsparteien in Arbeitsverhältnissen oder im Rahmen der Betriebsverfassung Anwendung finden sollen. Die Besonderheit von Tarifverträgen liegt darin, dass sie Regeln aufstellen, die einen Geltungsanspruch gegenüber Dritten, also gegenüber Personen erheben, die nicht Partner des regelaufstellenden Vertrages sind."

[123] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 510ff.

[124] *A. Junker,* ArbR, Rn. 501.

[125] *A. Junker,* ArbR, Rn. 502, 503.

[126] *A. Junker,* ArbR, Rn. 502, 504.

[127] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 8.

(1) Freiheitsrechtliches Verständnis der Tarifautonomie

Nach dem freiheitsrechtlichen Verständnis der Tarifautonomie[128] (auch als „Lehre vom privaten Ursprung der Tarifautonomie" bezeichnet) ist die Wurzel der Tarifautonomie die Privatautonomie der Individuen,[129] die sich aufgrund ihres Freiheitsrechts[130] in einer Vereinigung organisieren, um sozial angemessene Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu erzielen. Die Tarifautonomie ist nach dieser Lesart „kollektiv ausgeübte Privatautonomie"[131] der einzelnen Koalitionsmitglieder, die auf höherer Ebene die einzelvertragliche Unterlegenheitsstellung des Arbeitnehmers zu kompensieren sucht.

(2) Ordnungsrechtliches Verständnis der Tarifautonomie

Neben den Aspekten der Koalitionsfreiheit als Grundrecht der assoziativen Selbsthilfe und Grundrechtsausübung, welche vor allem durch das freiheitsrechtliche Verständnis der Tarifautonomie Berücksichtigung finden,[132] muss ebenso die institutionelle Dimension[133] (auch institutionelles oder funktionelles Verständnis der Tarifautonomie genannt) der Tarifautonomie beachtet werden.

---

[128] *F. Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie; *E. Picker*, Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, in: Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben, S. 11 (S. 28); *C.-W. Canaris*, AcP 1984, 201 (243f.); ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 55; *M. Franzen*, RdA 2001, 1 (4) m. w. N.; *S. Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, S. 233f.; *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Schubert, § 1 Rn. 24ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 301*; M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, Grundlagen Rn. 22ff.; *O.E. Kempen*, AuR 2011, 51 (52); siehe für weitere Nachweise *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 341ff.

[129] *E. Picker*, Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, in: Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben, S. 11 (S. 28); *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 342.

[130] BVerfGE 50, 290 (367); *T. Dieterich*, RdA 2002, 1 (9, 11); *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 24 m. w. N.

[131] BAG, Urteil vom 14.10. 1997 – 7 AZR 811/96 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 155 = NZA 1998, 775 (776); BAG, Urteil vom 25.02.1998 – 7 AZR 641/96 – AP TVG § 1 Tarifverträge: Luftfahrt Nr. 11 = NZA 1998, 715 (716); BAG, Urteil vom 27.11.2002 – 7 AZR 414/01 – AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 21 = NZA 2003, 812 (813); *F. Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 57ff.; *T. Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag, S. 117 (121); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 272; *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 341ff. m. w. N.

[132] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 343.

[133] *F.J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle, S. 236ff.; *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 302ff.; *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung Rn. 123a; *J. Knebel*, Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl, S. 107ff., 110ff., 116ff.; *P. Badura*, RdA 1974, 129 (133); *A. Engels*, RdA 2008, 331 (334); weitere Nachweise siehe bei *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 25; Dagegen nur mehrheitlich institutionelles Verständnis: *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 6ff.; 10ff.). Das ordnungsrechtliche Verständnis der Tarifautonomie wurde zumindest ansatzweise in einigen Entscheidungen

Der Schwerpunkt dieses Verständnisses der Tarifautonomie liegt in der ordnenden Funktion der Tarifverträge.[134] Anliegen der Koalitionsfreiheit sei (auch) die sinnvolle Ordnung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen[135]. Die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sei genuin Aufgabe des Staates, welcher den Tarifvertragsparteien diese Aufgabe übertragen und überlassen habe, jedoch mit dem Vorbehalt der „sinnvollen Ordnung" der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.[136]

(3) Kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft

Der wesentliche Unterschied zwischen dem ordnungsrechtlichen und dem freiheitsrechtlichen Verständnis der Tarifautonomie liegt darin, dass der institutionelle Ansatz sie als „Autonomie eines sozialen Handlungssystems"[137] begreift. Danach verfolge die Koalitionsfreiheit nicht primär einen Freiheitszweck, sondern stelle vor allem eine „institutionalisierte Ordnung"[138] dar. Dabei wird innerhalb dieser Auffasung der Ordnungscharakter der Tarifautonomie in Bezug auf die Tarifvertragsparteien unterschiedlich stark betont. Einige[139] lassen den Tarifparteien öffentlichen Status zukommen, andere[140] vertreten die Ansicht, Tarifparteien erledigten nur eine öffentliche Aufgabe. *J.H. Kaiser* geht sogar so weit, Gewerkschaf-

des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts geteilt: BVerfGE 18, 18 (28); 28, 295 (304); 44, 322 (340f.); BAGE 29, 72 (82).

[134] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 302ff., 312; *F.J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle, S. 236; *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1, (S. 6ff., 10ff.); *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 340 m. w. N.

[135] BVerfGE 18, 18 (28): „Die aus der Koalitionsfreiheit entspringende Tarifautonomie verfolgt den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck, in dem von der staatlichen Rechtsetzung frei gelassenen Raum das Arbeitsleben im einzelnen durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, insbesondere die Höhe der Arbeitsvergütung […] und so letztlich die Gemeinschaft sozial zu befrieden." Ebenso BVerfGE 4, 96 (107); 44, 322 (340f.); 50, 290 (367); *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Schubert, § 1 Rn. 25 m. w. N.

[136] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Schubert, § 1 Rn. 25; *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 340f.

[137] *F.J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle, S. 239.

[138] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 340.

[139] *W. Weber*, DVBl. 1969, 413 (417): „Ein anderes Problem bilden die großen „Gruppenmächte", Organisationserscheinungen von so hohem Rang und von derart übergreifender Gesamtverantwortung, daß sie einen öffentlichen Status genießen und in die unmittelbare und beinahe konkurrierende Nähe etwa zu den politischen Parteien gerückt sind. Gemeint sind … die Gewerkschaften sowie die organisierte Unternehmerwirtschaft auf der anderen Seite."; *P. Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, S. 26ff., S. 31: „[…] im Ergebnis dazu geführt, daß sich die den Sozialpartnern eingeräumte Verbandsautonomie zu einer besonderen Form sozialer Selbstverwaltung entwickelt hat."; vgl. auch *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 302ff.

[140] *F.J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle, S. 236ff.; *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 8f.).

ten und Arbeitgeberverbände als „Träger nichtstaatlicher öffentlicher Gewalt“[141] zu bezeichnen. Insgesamt muss festgestellt werden, dass es den Vertretern des ordnungsrechtlichen Verständnisses vor allem darum geht, das freiheitsrechtliche Verständnis der Tarifautonomie um seinen Ordnungscharakter zu ergänzen.[142]

Für die weitere Untersuchung ist es erforderlich, eine sachgerechte Anschauung der Tarifautonomie herauszubilden, da ein solches für die Bestimmung des Gewährleistungsgehaltes der Tarifautonomie und der Rechtsnatur der Sozialpartner entscheidend ist. An den ermittelten Ansatz knüpfen beispielsweise die Folgefragen an, wie die Kollektivverbände zueinander im System der Tarifautonomie stehen, ob Kollektivverbände an Grundrechte gebunden sind und ob Besonderheiten für sie beim Abschluss von Tarifverträgen gelten. Darüber hinaus ist die Klärung des Verständnisses der Tarifautonomie von immenser Tragweite, weil dieses maßgeblich über den Zweck der Tarifautonomie und notwendigerweise auch seiner Hauptakteure entscheidet.

Der freiheitsrechtliche Ansatz der Tarifautonomie bezaubert auf den ersten Blick, da er grundrechtsorientiert ist und zugleich der Entwicklungsgeschichte der Tarifautonomie entspricht. Doch so plausibel diese Deutung auf den ersten Blick auch scheinen mag, so erfasst sie doch die normative Gestaltungsmacht der Koalitionen nicht hinreichend. Einfachgesetzlich wird die Normwirkung der Tarifverträge durch §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG[143] angeordnet. Diese Normwirkung der Tarifverträge der Tarifvertragsparteien spricht zunächst für die ordnungsrechtliche Lesart der Tarifautonomie. Denn die Normwirkung eines Vertrages ist der Privatautonomie fremd. Gleich welcher der verschiedenen Theorien über den Geltungsgrund der Normwirkung[144] der Tarifverträge gefolgt wird, ändert dies nichts daran, dass zwar der staatliche Anerkennungsakt für die Normwirkung der Tarifverträge erforderlich ist, aber die beschlossenen Regelungen im Tarifvertrag auf autonomer nicht-öffentlicher Rechtsgestaltung beruhen.[145] Dieser nicht-staatliche Anerkennungsakt durch Hoheitsakt allein führt aber nicht automatisch zu einer ordnungsrechtlichen Deutung der Tarifautonomie. Denn bezüglich der Normwirkung ist genauso zu beachten, dass die Intention der Tarifautonomie gerade die

---

[141] *J.H. Kaiser*, Die Parität der Sozialpartner, Vorwort VII.

[142] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Schubert, § 1 Rn. 25.

[143] § 1 Abs. 1 TVG lautet „Der Tarifvertrag regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können.“

§ 4 Abs. 1 TVG lautet: „Die Rechtsnormen des Tarifvertrages, die den Inhalt, den Abschluß oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, gelten unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen. Diese Vorschrift gilt entsprechend für Rechtsnormen des Tarifvertrages über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen.“

[144] Eng verwoben ist mit der Frage nach dem Verständnis der Tarifautonomie der dogmatische Meinungsstreit um die Frage des Geltungsgrundes der Normwirkung der Tarifverträge, siehe hierzu instruktiv *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 343ff.

[145] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 357.

Freiheit von staatlicher Einmischung im Prozess des Aushandelns sozial angemessener vertraglicher Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist; Kollektivverbände sollen „nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein“,[146] d.h. weitgehend keiner staatlichen Regulierung unterliegen.

Geht man davon aus, dass die Tarifautonomie aufgrund von Delegation staatlicher Macht an die Kollektivverbände erfolgt, so führt dies dazu, dass die Tarifautonomie als Gefüge der Fremdbestimmung seiner Verbandsmitglieder durch „staatsvertretende“ Koalitionen begriffen wird.[147] Dagegen kommt die Einordnung der Kollektivautonomie als eine auf einem Mandat des Einzelnen durch Mitgliedschaft beruhende Rechtsetzungsmacht der Selbstbestimmung der Verbandsmitglieder gleich, welche freiwillig ihre Privatautonomie durch die Verbände effektiver ausüben lassen.[148]

Dieser entscheidende strukturelle Unterschied spricht maßgeblich für die Annahme der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, denn es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die aus dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit fließende Tarifautonomie und Freiheitsausübung auf einer auf Fremdbestimmung beruhenden Deutung basieren solle. Hiermit korrespondiert, dass die Koalitionsfreiheit und insbesondere die Tarifautonomie als Grundrechtsausübung und nicht als Staatsakt Geltung erlangt hat. Der Abschluss von Tarifverträgen erfolgt im Zuge einer kollektiven Grundrechtsausübung, auch wenn sie im Kollektiv geschieht, und kann daher nicht als quasi-staatliche Übung[149] qualifiziert werden. Jedoch ist dabei zu beachten, dass diese Form der Grundrechtsausübung erst durch das Zusammenspiel von mehreren Grundrechtsberechtigten erfolgt und auch nur dann funktionieren kann, wenn dem neuen Grundrechtssubjekt, der Koalition selbst, Eigenwert zukommt.

Diese Kompensationswirkung der Tarifautonomie impliziert zunächst, dass die Tarifautonomie sich aus der Privatautonomie bzw. aus deren Schwächen heraus entwickelt hat und somit privatautonomen und nicht staatlichen Ursprungs ist. Als Vertragspartner der Arbeitgeber sind die Gewerkschaften im Gegensatz zum einzelnen Arbeitnehmer die stärkeren Verhandlungspartner.[150] Die formale Arbeitsvertragsfreiheit der Arbeitnehmer war keine materiale Arbeitsvertragsfreiheit, weil sie sich nicht des Diktats der Arbeitgeber erwehren konnten.[151] Daher geht die Tarifautonomie auf diese einzelvertragliche Grundkonstellation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zurück. Der funktionelle Befund der Tarifautonomie

[146] BVerfGE 94, 268 (283).

[147] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 11 Rn. 7; *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Schubert, § 1 Rn. 24; a. A.: *D.W. Belling*, ZfA 1999, 547 (580ff.).

[148] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Schubert, § 1 Rn. 24; *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 11 Rn. 7; a. A.: *D.W. Belling*, ZfA 1999, 547 (580ff.).

[149] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 343.

[150] Statt vieler: *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 11 Rn. 9.

[151] *E. Picker*, Der Warnstreik und die Funktionen des Arbeitskampfes in der Privatrechtsordnung, S. 164.

spricht somit stark für einen Ursprung in der Privatautonomie, denn beide Autonomieformen stehen nicht zusammenhangslos nebeneinander sondern sind „funktionell aufeinander bezogen".[152] Nur aufgrund der vorhandenen Schwäche der Privatautonomie existiert die Tarifautonomie; sie greift bei Insuffizienz der Selbstbestimmung ein, ersetzt[153] und stärkt sie gleichsam durch die mittels der Tarifautonomie erlangte materiale Gleichheit zwischen den Vertragspartnern.

Ebenso lässt sich für ein freiheitsrechtliches Verständnis der Tarifautonomie ins Feld führen, dass der Tarifvertrag schon frühzeitig als besonderer Fall privatautonomer Rechtsgestaltung eingruppiert wurde.[154] Die Entwicklung der Koalitionsfreiheit, als Geschichte der Auseinandersetzung zwischen Kapital und Arbeit und nicht als Geschichte gegen eine die Arbeitnehmer unterdrückende Staatsmacht[155] spricht stark für die freiheitsrechtliche Deutung der Tarifautonomie. Denn eine die Ordnungsfunktion stark gewichtende Anschauung der Tarifautonomie würde deren vornehmlichen Zweck, die Sicherung der materiellen Freiheit des Einzelnen durch Kollektivität, nicht hinreichend abbilden.

Auch die Tatsache, dass Vereinigungen – abgesehen von Körperschaften des öffentlichen Rechts – nur privatrechtlich, durch sich ihnen verpflichtende Privatrechtssubjekte entstehen können, spricht für das freiheitsrechtliche Verständnis der Tarifautonomie.[156] Der Annahme einer ordnungsrechtlichen Deutung der Tarifautonomie kann somit schon vor dem Hintergrund des Vereinigungsrechts[157] widersprochen werden. Dieses Argument lahmt jedoch zugegebenermaßen insofern, als dass von der einfachrechtlichen Ausgestaltung auf das Verfassungsrecht geschlossen wird.

Neben diesen aufgeführten Gesichtspunkten, welche für die Annahme einer freiheitsrechtlichen Deutung der Tarifautonomie sprechen, sind aber gleichzeitig auch die ordnenden Faktoren der Tarifabschlüsse nicht zu vernachlässigen.

Insbesondere Aspekte der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik im Sinne einer sozial angemessenen Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens können durchaus Beweggründe für das Vorgehen der Kollektivverbände in Verhandlungen sein, was aber keinerlei Beschränkung der Tarifautonomie begründet oder nur eine bestimmte Deutung zulässt.[158] Im Gegenteil: Es besteht keinerlei Grund,

---

[152] *E. Picker*, Der Warnstreik und die Funktionen des Arbeitskampfes in der Privatrechtsordnung, S. 164.

[153] *E. Picker*, Der Warnstreik und die Funktionen des Arbeitskampfes in der Privatrechtsordnung, S. 164.

[154] *R. Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, S. 164f.

[155] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 341.

[156] *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 19 (Fn. 19).

[157] Tatsächlich sind Arbeitgeberverbände meist bürgerlich-rechtliche Vereine nach §§ 21ff. BGB. Gewerkschaften sind aus historischen Gründen heute noch meist als nichtrechtsfähige Vereine organisiert.

[158] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 25, 29.

weshalb die Kollektivverbände bei der Ausübung der Tarifautonomie nicht auch solche gesamtwirtschaftlichen Erwägungen in ihre Entscheidungsfindung einbeziehen können sollten dürfen.[159] Durch diese Freiheitsausübung, welche derart nur durch das Kollektiv verwirklicht werden kann,[160] nehmen die Kollektivverbände gleichzeitig auch großen Einfluss auf Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern insgesamt, beispielsweise durch die Schaffung von Tariflöhnen. Im Jahr 2011 haben in westdeutschen Bundesländern ca. 61 % der Beschäftigten, in ostdeutschen Bundesländern ca. 49 % der Beschäftigten branchentarifgebunden oder firmentarifgebunden gearbeitet.[161] Dies veranschaulicht, dass eine gewichtige Zahl an Arbeitsverhältnissen von Tarifverträgen erfasst wird. Insofern kann allein schon aufgrund dieser Rechtstatsächlichkeit die ordnungsrechtliche These gestützt werden, wonach die Tarifvertragsparteien durch die Ausübung der Tarifautonomie für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen ausgeglichene Bedingungen bewirken. Dies spiegelt den starken Einfluss und die Bedeutung der Tarifverträge und der sie aushandelnden Tarifvertragsparteien auf die Bedingungen der Arbeitsverhältnisse in der gesamten Wirtschaft wider. Ein rein freiheitsrechtliches Verständnis der Tarifautonomie wäre deshalb verkürzt.

Dadurch, dass das Grundgesetz durch Art. 9 Abs. 3 GG die Möglichkeit schafft, dass sich Privatrechtssubjekte in kollektiven Interessenverbänden zusammenschließen und im wechselseitigen Aushandeln mit der Gegenseite Bestimmungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen schaffen, erhalten derartige Koalitionen durch das Grundgesetz zweckgebundene Freiheit. Diese gebundene Freiheit schafft die Möglichkeit, dass die Tarifvertragsparteien als kollektive Interessenverbände der Privatrechtssubjekte zur Normsetzung für ihre Mitglieder tätig werden, vorbehaltlich der „sektoralen“ (Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen) und der „finalen“ (Wahrung und Förderung) Zweckbindung.[162] Dieser gebundenen Freiheit ist gleichzeitig zweckgebundene Macht immanent. *H. Weitnauer* stellt in zutreffender Weise im Zusammenhang mit der Frage, wann das Zivilrecht korrigierend in die Privatrechtsbeziehungen eingreifen sollte, dar, dass Macht als solche nichts „Böses“ ist, sondern zunächst einmal neutral.[163] Erst durch Übermacht und Missbrauch entsteht eine Lage, welche nicht gedeihlich in Bezug auf einen angemessenen Ausgleich der Interessen und für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse sei.[164] Durch die Tarifautonomie entsteht ein

---

[159] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 29.

[160] Siehe hierzu auch Drittes Kapitel: B. II. 1. a.

[161] Zahlen beruhen auf Daten des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung: http://doku.iab.de/aktuell/2012/tarifbindungsentwicklung_1996-2011.pdf - zuletzt gesehen am 1.10 2012.

[162] *O.E. Kempen*, AuR 2011, 51 (53).

[163] *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 16.

[164] *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 16f.: „Jede solche von der Rechtsordnung gewährte oder zugelassene Macht kann ihren guten Sinn haben und hat ihn auch, wenn sie mit Verantwortung wahrgenommen wird. Was verhindert werden muß, ist Übermacht und ist Mißbrauch der Macht.“

System im Sinne eines Verfahrens zur Findung von sozial angemessenen Verträgen. Der Mehrwert dieses Systems besteht folglich jenseits der Quantität der kollektiv ausgeübten Privatautonomien der in den Verbänden sich vereinigten Grundrechtsberechtigten.

U. Volkmann beschreibt die Herausbildung der Koalitionsfreiheit als Antithese zur Privatautonomie wie folgt:

> *„Historisch zielte die Koalitionsfreiheit gerade auf eine Revision jenes Modells, das die Idee gleicher Freiheit nur formal proklamierte, aber blind dafür war, dass der Gebrauch der Freiheit von bestimmten materiellen Voraussetzungen abhing. Wem diese Voraussetzungen fehlten, dem nützte die Freiheit nichts. Die Freiheit war dann in Wahrheit Privileg. Bei extremer Ungleichheit der Voraussetzungen gab sie dem Stärkeren darüber hinaus einen Freibrief für die Durchsetzung seiner Interessen auf Kosten des Schwächeren".*[165] *[…] „Es war […] gerade der Vertrag zwischen zwei formal freien Individuen, über den die Ausbeutung stattfand und dessen Resultate durch das Wirken der Koalitionen begrenzt werden sollte."*[166]

Kollektivautonomie und insbesondere die Tarifautonomie sei insofern nicht Verlängerung der Privatautonomie, als dass sie gerade die Funktionsdefizite der Privatautonomie behebe und sie somit in ihrem Aktionsradius zurückdränge.[167]

Sicherlich ist *U. Volkmanns* Beschreibung der Koalitionsfreiheit insofern zuzustimmen, als dass Privatautonomie und Tarifautonomie in einem Spannungsverhältnis stehen können, welches sich daraus ergibt, dass die Tarifautonomie in bestimmten Fällen, in denen die Idee der Privatautonomie enttäuscht, sie zu ersetzen sucht. Allerdings leugnet auch *U. Volkmann* nicht, dass die Tarifautonomie aufgrund der Privatautonomie entstanden ist. Gewiss wird der „Herrschaftsbereich" der Privatautonomie durch die Schaffung der Tarifautonomie teilweise eingeschränkt. Dies bedeutet aber nicht, dass die Tarifautonomie eine Antithese zur Privatautonomie bildet, da die Vertragsfreiheit des Einzelnen genauso Grenzen wie jede andere verfassungsrechtlich geschützte Freiheit[168] hat. Vielmehr ist die Tarifautonomie genauso wie die Privatautonomie funktionell auf ein annäherndes Kräftegleichgewicht zwischen den Vertragspartnern angewiesen. Für beide Formen der Freiheitsausübung bedarf es materialer und nicht nur formaler Gleichheit.

Es ist nicht ersichtlich, weshalb neben der freiheitsrechtlichen Deutung der Tarifautonomie nicht auch eine die Ordnungskomponente hervorhebende Deutung im Sinne der Tarifautonomie als ein System der sozial angemessenen Struk-

[165] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 4).

[166] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 5).

[167] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 5).

[168] *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 5.

turierung des Arbeitslebens möglich wäre. Wie gezeigt, hat die Tarifautonomie zwei unterschiedliche Dimensionen inne: Zum einen die freiheitsrechtliche Dimension und zum anderen die institutionelle Dimension. Tarifautonomie ist sowohl Freiheitsrecht als auch „Einrichtung“ im Sinne eines ordnenden Instrumentariums für die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.[169]

Das System der Tarifautonomie wird aber durch privatrechtliche Normen ausgestaltet, vor allem die des Tarifvertragsgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Koalitionen sind als Vertragsparteien den Regelungen des Vertragssystems unterworfen und verpflichtet ihnen Folge zu leisten. Da der Tarifvertrag als Normenvertrag unter der Beachtung der Regelungen des Tarifvertragsgesetzes und als schuldrechtlicher Vertrag unter Beachtung der Regelungen des Bürgerlichen Gesetzesbuchs entsteht, müssen sich die Tarifvertragsparteien an die Bestimmungen beider Regelungssysteme trotz ihrer zuweilen unterschiedlichen Stoßrichtungen zu halten.

Aufgrund der Annahme einer Deutung der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft verbietet sich folglich eine unmittelbare Bindung der Tarifvertragsparteien an die Grundrechte. Denn eine auf die Privatautonomie zurückzuführende Normsetzung und die Freiheitsausübung von Grundrechtsberechtigten sind mit einer unmittelbaren Grundrechtsbindung, welche eine umfassende Tarifzensur nach sich ziehen würde, nicht vereinbar.[170] Grundrechte ziehen den Grundrechtsträgern aber insofern Grenzen, als dass sie aufgrund der Schutzpflichtenlehre die öffentliche Gewalt dazu verpflichten, einen Mindestschutz im Sinne eines Untermaßverbotes zu erhalten.[171] Das Schutzpflichtengebot trifft allerdings nicht die Tarifparteien.[172]

Somit ist die Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft zu verstehen. Diese Deutung vereint sowohl den Aspekt der Selbstbestimmung der in den Koalitionen organisierten Koalitionsmitglieder als auch den Aspekt der Ordnungsfunktion der Tarifverträge für die gesamte Wirtschaft, welche die Tarifautonomie als „Mehr“ gegenüber der Summe der von ihr erfassten Arbeitsverhältnisse versteht.

[169] So auch *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 33).

[170] Den Meinungsstreit zur Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien prägnant dargestellt *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 55ff.; siehe hierzu auch *T. Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag, S. 117ff.; *T. Dieterich*, RdA 1995, 129ff.; *M. Franzen*, Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, S. 929ff.

[171] *T. Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag, S. 117 (S. 133).

[172] *T. Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag, S. 117 (S. 134).

Für die Fragestellung nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Kollektivverbände muss festgehalten werden, dass ihr Verhältnis als Vertragsparteien unter zwei Regelungsregimen untereinander von gegenseitiger Abhängigkeit bestimmt ist. Nur durch Tarifvertragsschlüsse kommt die Tarifautonomie zu praktischen Ergebnissen. Bei dieser Tätigkeit und bis zum Tarifvertragsabschluss haben sich die Kollektivverbände aufgrund der gegenseitigen Abhängigkeit koalitionssystemkonform zu verhalten. Was dies im Konkreten noch bedeutet, gilt es im Weiteren zu untersuchen.

dd. Ausgestaltungsbedürftigkeit der Tarifautonomie

> *„Das einfache Recht erweist sich den Grundrechten nicht nur als Schranke, sondern auch und vornehmlich als Voraussetzung, die ihre Ausübung ermöglicht und erleichtert […] Nur mit Hilfe des konkreten einfachen Rechts können sie [die Grundrechte[173]] ihren von der Verfassung angestrebten Sitz im Leben von Staat und Gesellschaft erlangen und behaupten.“*[174]

Die Koalitionsfreiheit gehört als nicht-klassisches Grundrecht zu den sog. normgeprägten Grundrechten.[175] Somit bedarf die Koalitionsfreiheit der gesetzlichen Ausgestaltung, welche nicht nur in der Schaffung der Rechtsinstitute und Normenkomplexe besteht, die erforderlich sind, um die grundrechtlich garantierten Freiheiten ausüben zu können. Vielmehr sind vielfältige gesetzliche Regelungen notwendig, um der Bedeutung und Vielzahl der von der Koalitionsbetätigung berührten Belange gerecht zu werden.[176] Ausgestaltungen sind „die gesetzlichen Regelungen, die den Koalitionen die Befugnisse zu rechtsgestaltendem Verhalten, insbesondere zur Normsetzung in Tarifverträgen einräumen (namentlich: Tarifvertragsgesetz), einschließlich der (richterrechtlich konkretisierten) Vorgaben zur Tariffähigkeit der Koalitionen.“[177]

---

[173] Einfügung durch Verfasserin.

[174] *J. Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 161.

[175] *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 107; Art. 9 Rn. 100; *F. Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 25; *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (303).

[176] BVerfGE 50, 290 (368); 58, 233 (247); 88, 103 (115); *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 91; *R. Scholz, in*: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 167; *F. Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 25; *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung Rn. 125b; vgl. auch BVerfGE 28, 295 (306): „Die Verfassung gewährleistet jedoch die Koalitionsfreiheit nicht schrankenlos. Es ist Sache des Gesetzgebers und fällt in den Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, daß er die Befugnisse der Koalitionen im einzelnen ausgestaltet und näher regelt. Dabei kann er den besonderen Erfordernissen des jeweils zu regelnden Sachbereichs Rechnung tragen. Dem Betätigungsrecht der Koalitionen dürfen aber nur solche Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind (BVerfGE 19, 303 [322]). Regelungen, die nicht in dieser Weise gerechtfertigt sind, tasten den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Kernbereich an.“

[177] *M. Cornils*, in: Epping/Hillgruber, Beck OK-GG, Art. 9 Rn. 79.

Dabei bezieht sich die Grundrechtsausgestaltung vornehmlich auf die durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleistete Tarifautonomie.[178] Das Bundesverfassungsgericht präzisiert die vorzunehmende Ausgestaltung bei Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG: Die Koalitionsfreiheit bedürfe dort der Ausgestaltung, wo es um die „Voraussetzungen für eine Wahrnehmung des Freiheitsrechts" gehe.[179] Dies gelte insbesondere dort, wo es um die „Regelung der Beziehung zwischen Trägern widerstreitender Interessen"[180] gehe, bzw. soweit „das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander berührt"[181] werde.

Die Ausgestaltung der Beziehung der Tarifvertragsparteien muss sich nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts am Normziel orientieren und darf die Parität der Tarifpartner nicht verfälschen:

> *„Gerade wegen dieser Eigenart bedarf das Grundrecht der Koalitionsfreiheit der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung (BVerfGE 84, 212 [228]). Zum einen erfordert der Umstand, daß beide Tarifvertragsparteien den Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG prinzipiell gleichermaßen genießen, bei seiner Ausübung aber in scharfem Gegensatz zueinander stehen, koordinierende Regelungen, die gewährleisten, daß die aufeinander bezogenen Grundrechtspositionen trotz ihres Gegensatzes nebeneinander bestehen können. Zum anderen macht die Möglichkeit des Einsatzes von Kampfmitteln rechtliche Rahmenbedingungen erforderlich, die sichern, daß Sinn und Zweck dieses Freiheitsrechts sowie seine Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung gewahrt bleiben."*[182]

Die Parität zwischen den Tarifvertragsparteien zu erhalten, ist Teil des Normziels und stets bei der Ausgestaltung des Grundrechts zu beachten.

Als rechtlich konstruierte Freiheit[183] bedarf die Tarifautonomie also der Ausgestaltung,[184] da sie auf Rechtsmacht gründet und eine Rechtseinrichtung darstellt:[185]

---

[178] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 117.

[179] BVerfGE 92, 26 (41): „Die Koalitionsfreiheit ist ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht. Grundsätzlich können ihr daher nur zur Wahrung verfassungsrechtlich geschützter Güter Schranken gesetzt werden. Das schließt allerdings eine Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nicht aus, soweit er Regelungen trifft, die erst die Voraussetzungen für eine Wahrnehmung des Freiheitsrechts bilden. Das gilt insbesondere dort, wo es um die Regelung der Beziehung zwischen Trägern widerstreitender Interessen geht (BVerfGE 88, 103 [115]; vgl. auch BVerfGE 84, 212 [228]). Die Ausgestaltung muß sich jedoch am Normziel von Art. 9 Abs. 3 GG orientieren und darf die Parität der Tarifpartner nicht verfälschen."

[180] BVerfGE 92, 26 (41).

[181] BVerfGE 94, 268 (285).

[182] BVerfGE 88, 103 (115).

[183] *A. Engels*, RdA 2008, 331 (334); *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 52.

[184] *J. Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 163; *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, , S. 293 (303); *A. Engels*, RdA 2008, 331 (334): „Die Koalitionen sind nicht ohne staatliche Hilfe in der Lage, ihren Tarifverträgen normative Wirkung zu verleihen."

[185] *C. Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 41; *T. Dieterich*, RdA 2002, 1 (9): „Gesetzgebung und Rechtsprechung, also die Grundrechtsadressaten (Art. 1 Abs. 3 GG), sind zunächst verpflichtet,

Die Ausgestaltung als verfassungsdogmatisches Instrument der Grundrechtsentfaltung ist das Gegenstück zur Grundrechtsverkürzung, dem Eingriff.[186]

Die Ausgestaltung eines normgeprägten Grundrechts ist zu verstehen als Ermöglichung der Freiheitsverwirklichung durch die Bereitstellung eines rechtlichen Rahmens; durch die rechtliche Ausgestaltung kann die Grundrechtsausübung überhaupt ermöglicht werden.[187] Neben diesem unstreitigen Definitionsteil der Ausgestaltung erfasst die Rechtsprechung unter dem Begriff der Ausgestaltung auch koordinierende Regelungen, welche gegenläufige Grundrechtspositionen in Ausgleich zueinander bringen.[188]

Problematisch an dieser von der Rechtsprechung erweiterten Definition der Ausgestaltung ist, dass der maßgebliche Zweck der Ausgestaltung die Grundrechtsermöglichung bzw. -entfaltung ist und eine solche erweiterte Vorstellung der Ausgestaltung eine klare Grenzziehung zwischen grundrechtsentfaltender Ausgestaltung und grundrechtsverkürzendem Eingriff erheblich erschwert.[189]

d. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Koalitionen aus dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit selbst Grundrechtssubjektivität erlangen und Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG die kollektive Koalitionsfreiheit schützt. Zur verfassungsrechtlich geschützten Betätigung der Koalition gehört vor allem die Tarifautonomie. Nur durch die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien und das gemeinschaftliche Erzielen vertretbarer Bestimmungen durch Tarifverträge kann das in der Verfas-

---

das Postulat der Tarifautonomie aus dem Verfassungshimmel herabzuholen und zu einem funktionsfähigen Instrument zu machen. Ihre Aufgabe ist insoweit Verfassungsvollzug. Ein Tarifvertragssystem, das der damit gestellten Aufgabe gerecht wird, hat zwei Grundvoraussetzungen zu erfüllen: Exklusivität und Funktionalität. Zum einen muss staatliche Einflussnahme im Aufgabenbereich der Koalitionen ausgeschlossen werden; zum anderen muss gesichert sein, dass in diesem Bereich Kollektivverträge reibungslos zustande kommen können und beachtet werden müssen.“; vgl. auch BVerfGE 88, 103 (114f.): „Mit der grundrechtlichen Garantie der Tarifautonomie wird ein Freiraum gewährleistet, in dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber ihre Interessengegensätze in eigener Verantwortung austragen können. Diese Freiheit findet ihren Grund in der historischen Erfahrung, daß auf diese Weise eher Ergebnisse erzielt werden, die den Interessen der widerstreitenden Gruppen und dem Gemeinwohl gerecht werden. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit kann sich unter diesen Umständen aber nicht darauf beschränken, den einzelnen Grundrechtsträger vor staatlichen Eingriffen in die individuelle Handlungsmöglichkeiten zu schützen; es hat vielmehr darüber hinaus die Beziehung zwischen den Trägern widerstreitender Interessen zum Gegenstand und schützt diese auch insoweit vor staatlicher Einflußnahme, als sie zum Austragen ihrer Interessengegensätze Kampfmittel mit beträchtlichen Auswirkungen auf den Gegner und die Allgemeinheit verwenden.“

[186] *C. Hillgruber*, in: HStR IX, § 200 Rn. 62ff.; *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 124.

[187] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 34.

[188] BVerfGE 88, 103 (115); 92, 26 (41).

[189] Vgl. *M. Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 409ff.; *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 35, 124ff.

sung manifestierte Bestimmungsziel, die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, erreicht werden.

Der Eigenwert der Tarifautonomie und der Koalitionen beruht auf dem Tarifvertragssystem selbst, welches durch die Tarifparteien als Hauptakteure getragen wird.[190] Durch das Tarifvertragssystem als feste Einrichtung in der Arbeits- und Wirtschaftswelt wird das Verhandlungspotential auf der sonst strukturell unterlegenen Seite der Arbeitnehmer mobilisiert und ein die Privatautonomie ergänzendes System der Rechtsgestaltung geschaffen. Nur durch diese Form der kollektiven Privatautonomie kann die das Freiheitsdefizit der Privatautonomie überwindende Ausgleichsfunktion erreicht werden.

Das Tarifvertragssystem ist durch die Gewährleistung des Freiheitsrechts der individuellen Koalitionsfreiheit notwendigerweise seitens des Gesetzgebers bereitzustellen. Denn allein schon durch die Tarifverträge der Tarifvertragsparteien, welche sämtliche Gestaltungen der Arbeitsverhältnisse und somit der Wirtschaftsbedingungen beinhalten, formen die Tarifvertragsparteien weitestgehend frei das „wirtschafts- und sozialpolitische Geschehen“[191] samt seiner beschäftigungssichernden, beschäftigungs- und arbeitsmarktpolitischen Auswirkungen[192]. Tarifautonomie ist somit als kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft zu deuten.

Durch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Tarifautonomie werden die Kollektivverbände mit der Kompetenz betraut, die Interessen der Koalitionsmitglieder durch gebundene Freiheitsausübung angemessen zu vertreten. Die verantwortungsvolle Aufgabe, eine „faire“ Arbeitswelt zu schaffen, kann nur durch die gemeinschaftliche Zusammenarbeit der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände übernommen und bewältigt werden.[193] Die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien und die damit verbundenen Tarifverträge sind somit maßgeblich von der gegenseitigen Abhängigkeit und der sachlichen, gemeinschaftlichen Zusammenarbeit gezeichnet.

---

[190] *K.-H. Ladeur*, AöR 2006, 643 (649): „Der „Eigenwert“ der Koalitionsfreiheit besteht im Schutz eines besonderen kollektiven „Grundrechtsregimes“, in der Ermöglichung eines Konflikts insbesondere mit den individuellen Freiheiten, die Gegenstand des Schutzes durch andere wirtschaftliche Grundrechte sind […].“

[191] *W. Weber*, DVBl. 1969, 413 (417).

[192] R. *Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 21, 25, 29 m. w. N.

[193] Vgl. auch *W. Weber*, DVBl. 1969, 413 (417f.).

2. *Gegenwärtig bestehender Kompensationsbedarf der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber*

„Kollektives Arbeitsrecht ist kein Selbstzweck. Es ist Hilfsmittel, um die im Arbeitsverhältnis typischerweise gestörte Vertragsparität auszugleichen und die Interessen des Einzelnen mit denen der Gesamtheit in Einklang zu bringen. Ersteres geschieht durch das Tarifrecht, letzteres durch das Betriebsverfassungsrecht."[194]

Im Arbeitsvertragsrecht wird typischerweise eine Ausgangslage angenommen, in der kein Gleichgewicht zwischen den Vertragsseiten vorgefunden wird und somit auch keine Vertragsfreiheit auf beiden Seiten besteht, und der einzelne Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber nicht fähig ist, sich selbst gerechte Arbeitsbedingungen auszuhandeln und das Machtungleichgewicht zu überwinden.[195] Es wird also folglich angenommen, dass im Regelfall der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber in einer schwächeren Verhandlungssituation ist. Hieraus wird die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers gefolgert. Diese wird vor allem dadurch begründet, dass der Arbeitnehmer auf den Arbeitgeber stärker angewiesen sei, als der Arbeitgeber auf den einzelnen Arbeitnehmer.[196]

Die Marktmacht des Arbeitgebers befähige ihn dazu, Arbeitsbedingungen zu gestalten, welche die Arbeitnehmer bei Arbeitsvertragsschluss oftmals ohne Vertragsänderungen annähmen.[197]

---

[194] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 11 Rn. 8, ähnlich hierzu *U. Zachert*, AuR 2002, 41 (48): „Dabei ist die kollektive Freiheit kein Selbstzweck, sondern Mittel, um individuelle Freiheiten wirksam(er) zu realisieren. Auch im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG muss deshalb das Individuum Ausgangspunkt des Schutzzweckes der Verfassungsnorm sein. Allerdings besteht eine Wechselbeziehung zwischen individuellen und kollektiven Freiheiten."

[195] Statt vieler: BVerfGE 34, 307 (316); *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 3ff.; *C.-W. Canaris*, JuS 1996, 761 (762); *E. Dorndorf*, Mehr Individualvertragsfreiheit im Arbeitsrecht?, in: Arbeit und Recht: Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag, S. 39 (S. 40); *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 20; *W. Flume*, BGB AT II, § 1 S. 10; *H. Wolter*, AuR 1979, 193 (197); *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert § 1 Rn. 22; für weitere Nachweise siehe *D. Ulber,* Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 138ff.; Jedenfalls für die Nebenbedingungen lehnt dies *W. Zöllner* ab, siehe *W. Zöllner*, Gerechtigkeit im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, S. 1297 (1314), sowie *W. Zöllner*, AcP 1976, 221 (229, 246).

[196] *T. Dieterich*, RdA 1995, 129 (135); *M. Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 73ff.; *C.-W. Canaris*, JuS 1996, 761 (762); *R. Schwarze*, ZfA 2005, 81 (97) m. w. N.; *L. Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 187; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 141 m. w. N.; a. A.: *W. Zöllner*, AcP 1976, 221 (236ff.).

[197] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 139; *F.J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle, S. 92ff.

Die daraus resultierende Paritätsstörung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer soll durch die Tarifautonomie ausbalanciert werden.[198] Neben den unmittelbar geltenden vertragsbezogenen Individualnormen[199] werden durch den Tarifvertrag als Instrument des kollektiven Arbeitsrechts angemessene Mindestarbeitsbedingungen ermöglicht.[200] Denn im Gegensatz zum Verzicht auf den einzelnen Arbeitnehmer ist ein Verzicht auf die Arbeitnehmerschaft seitens des Arbeitgebers nicht möglich, da ansonsten die Produktionsstätte still liegen würde.[201]

Zunächst erscheint es geboten zu untersuchen, ob der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber tatsächlich immer noch der „Schwächere" ist. Legitimationsursprung der Tarifautonomie ist die viel besagte Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Die Berechtigung der Tarifvertragsparteien leitet sich hieraus ab, da durch ihre Koalitionsbetätigung sozial gerechte Arbeitsbestimmungen generiert werden sollen. Nur bei Vorliegen einer evidenten Unterlegenheit des Arbeitnehmers würde sich eine Beschränkung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers plausibilisieren.

Aber besteht im Arbeitsvertragsrecht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aktuell trotz des bestehenden Sozialstaates überhaupt noch ein Kräfteungleichgewicht, woraus sich Kompensationsbedarf ergibt?

a. Typisierende Betrachtungsweise bei Ermittlung der Frage des Kompensationsbedarfs

Das BAG hält die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers für so evident, dass es hierfür keinerlei weitere Erläuterung bedürfe.[202] Diese Auffassung erscheint jedoch im Lichte der historischen Veränderungen zu kurz gegriffen.[203] Die Frage, ob ein zu abhängiger Arbeit verpflichteter Arbeitnehmer seinem Vertragspartner unterlegen sei, müsste jeweils am Einzelfall (situationsabhängig, branchenabhängig) beurteilt werden, beispielsweise ob eine bestimmte Fachkraft nicht auch selbst und vielleicht sogar besser ihre eigenen Arbeitsvertragsbestimmungen aus-

---

[198] Statt vieler: *F. Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 58; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 139 m. w. N.

[199] *C.-W. Canaris*, JuS 1996, 761 (762).

[200] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert § 1 Rn. 22; *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 192ff.

[201] *C.-W. Canaris*, JuS 1996, 761 (762); *T. Dieterich*, RdA 1995, 129 (135); ähnlich *L. Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 187; vgl. auch *E. Dorndorf*, Mehr Individualvertragsfreiheit im Arbeitsrecht?, in: Arbeit und Recht: Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag, S. 39 (S. 42).

[202] Vgl. BAG, Urteil vom 16.03.1994 – 5 AZR 339/92 – NZA 1994, 937 (940).

[203] So auch *T. Dieterich*, NZA 1996, 673 (676): „Nicht jede vom Arbeitnehmer unterzeichnete Verpflichtung ist Ausdruck ungleicher Verhandlungsstärke, und nicht jede Ungleichgewichtslage führt zu unangemessenen Regelungen. Vielmehr müssen Art und Ausmaß etwaiger Störungen der Vertragsparität auch im Arbeitsrecht konkret ermittelt werden. Dabei kann es nur auf typische und verallgemeinerbare Störungen ankommen."

handeln könnte.[204] Vorgebracht wird auch, dass Ungleichgewichtslagen durch den Markt hinzunehmen seien.[205]

Es darf und kann aber nicht wegen weniger Ausnahmefälle der Regelfall aus den Augen verloren werden. Die Frage der Einschränkung der Vertragsfreiheit aufgrund Unterlegenheit muss deshalb zunächst abstrakt beantwortet werden. Ob im konkreten Fall durch Richterrecht bzw. grundrechtskonforme Auslegung eine Kompensation geboten ist, ist sodann anhand des Einzelfalls zu entscheiden. Hierzu meint *F. Gamillscheg*:

> *„Der dem Arbeitnehmer zugewandte Schutz ist notwendigerweise pauschal, […] Dennoch ist […] das kein Grund, den in hundertdreißig Jahren gewordenen kollektiven Schutz und die in hundert Jahren geprägte zwingende Natur arbeitsrechtlicher Normen aufzugeben und aufzuheben."*[206]

Es muss vielmehr gesamtbetrachtend vorgegangen werden. Typische und verallgemeinerbare Störungen innerhalb der Beziehung von zwei typisierten Vertragsparteien müssen als Störungsfelder der Privatautonomie wahrgenommen werden, auch wenn es dazu immer Ausnahmen gibt. Privatautonomie hat nur dann wirklichen Wert, wenn sie auf einem annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnis der Partner beruht.[207]

aa. Soziale Sicherungssysteme als Antwort auf existentielle Abhängigkeit des Arbeitnehmers

Die Situation der Arbeitnehmer im 19. Jahrhundert ist mit ihrer heutigen Situation hinsichtlich existentieller Abhängigkeit vom Arbeitslohn und somit vom Arbeitgeber nicht vergleichbar. Daher ist eine allein auf der historischen Auslegung beruhende Begründung der kompensationsbedürftigen Unterlegenheit der Arbeitnehmer abzulehnen.[208]

---

[204] Vgl. *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 4.

[205] *W. Zöllner*, ZfA 1988, 265 (286f.); vgl. auch *D. Reuter*, der den Vergleich zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigen in der Weise anstellt, dass auch die Selbstständige starken Wettbewerb gegenüber stünden, ohne vergleichbaren Schutz zu genießen: „Die kleinen Selbstständigen – die freien Berufe, Handwerker, kleine Landwirte –leben ganz genauso von ihrer Arbeit, ohne durchgängig einen vergleichbaren Schutz gegen überfordernden Wettbewerb zu genießen." siehe *D. Reuter*, RdA 1995, 193 (195). Dieser Vergleich befremdet doch sehr; denn nur weil eine andere Ungleichgewichtslage besteht, darf nicht daraus geschlossen werden, dass die strukturelle Ungleichgewichtslage zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht kompensationsbedürftig ist.

[206] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 4.

[207] Vgl. BVerfGE 89, 214 (232f.).

[208] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 194.

Hauptargument gegen eine noch heute vorliegende Unterlegenheit des Arbeitnehmers ist, dass das soziale Netz, insbesondere bestehend aus Kündigungsschutz und Arbeitslosenversicherung,[209] den Arbeitnehmer vor existenzbedrohenden Folgen bewahre. [210] Das Existenzminimum werde staatlich garantiert, somit sei der einzelne Arbeitnehmer insofern nicht existentiell von seinem Arbeitgeber abhängig, als dass er um seine Existenz als solche fürchten müsse.[211]

Doch blickt man in die Gesetze, welche in erster Linie Arbeitssuchende sozial absichern (Zweites Sozialgesetzbuch: Grundsicherung für Arbeitsuchende im Folgenden SGB II) bzw. Arbeitsförderung regeln (Drittes Sozialgesetzbuch: Arbeitsförderung im Folgenden SGB III), erhält man einen etwas anderen Eindruck:

§ 1 Abs. 1 SGB II[212] nennt die Ermöglichung einer menschenwürdigen Lebens für Leistungsberechtigte als Aufgabe und Ziel der Grundsicherung für Arbeitssuchende. Die Leistungen, welche ein solches Leben ermöglichen sollen, werden aber an die „Anspruchsvoraussetzungen" aus dem zweiten Kapitel des SGB II geknüpft. Einweisungsnorm und eine der zentralen Vorschriften des SGB II ist dabei § 7 SGB II[213].[214] § 7 SGB II legt die Voraussetzungen fest, welche vorliegen müssen, um Leistungsberechtigter zu sein. §§ 8[215], 9[216] SGB II definieren hieran

---

[209] *R. Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, S. 48 m. w. N.; *E.B. Franz*, Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags, S. 87; *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 198; *D. Reuter*, RdA 1991, 193 (194, 195).

[210] *D. Reuter*, RdA 1991, 193 (194, 195).

[211] *D. Reuter*, RdA 1991, 193 (194, 195).

[212] § 1 Abs. 1 SGB II lautet: „Die Grundsicherung für Arbeitssuchende soll es dem Leistungsberechtigten ermöglichen, ein Leben zu führen, das der Würde des Menschen entspricht."

[213] § 7 Abs. 1 SGB II, Leistungsberechtigte, lautet: „Leistungen nach diesem Buch erhalten Personen, die
1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben,
2. erwerbsfähig sind,
3. hilfebedürftig sind und
4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben
(erwerbsfähige Leistungsberechtigte). Ausgenommen sind
1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,
2. Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen,
3. Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes.
Satz 2 Nummer 1 gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt."

[214] *S. Knickrehm*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann, § 7 SGB II Rn. 1a.

[215] § 8 Abs. 1 und 2 SGB II, Erwerbsfähigkeit, lautet:
„(1) Erwerbsfähig ist, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.
(2) Im Sinne von Absatz 1 können Ausländerinnen und Ausländer nur erwerbstätig sein, wenn ihnen

anschließend was unter „Erwerbsfähigkeit" und „Hilfebedürftigkeit" zu verstehen ist. Der Gesetzestext von § 8 Abs. 1 SGB II offenbart, dass die Erwerbsfähigkeit aus gesundheitlicher Perspektive definiert wird[217] und sehr eng durch die Aufnahme des Mindestarbeitszeitpassuses pro Tag („auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein") gefasst wird. Auch die Legaldefinition der „Hilfebedürftigkeit" in § 9 SGB II zeigt die Intention des Gesetzgebers, welche Hilfebedürftigkeit nur annimmt „wenn das vorhandene, zu berücksichtigende Einkommen und Vermögen nicht zur Sicherung des Lebensunterhalts ausreicht".[218] Gem. § 12 Abs. 1 SGB II[219] gehören zum Vermögen „alle verwertbaren Vermögensgegenstände". Um überhaupt Leistungsberechtigter im Sinne des SGB II zu sein, darf quasi gar kein Vermögen mehr vorhanden sein. Zwar werden in § 12 Abs. 2 SGB II und in § 12 Abs. 3 SGB II die Vermögensfreibeträge und die nicht zu berücksichtigenden Vermögensgegenstände aufgeführt, doch ist § 12 Abs. 1 SGB II die Regel und die beiden darauffolgenden Absätze die Ausnahme davon.

Grundsätzlich gilt, dass Leistungsberechtigte des SGB II nur diejenigen sind, denen es ausnahmsweise unzumutbar[220] ist, eine Arbeit anzunehmen.[221] Es soll

---

die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. *2*Die rechtliche Möglichkeit, eine Beschäftigung vorbehaltlich einer Zustimmung nach § 39 des Aufenthaltsgesetzes aufzunehmen, ist ausreichend."

[216] § 9 Abs. 1 SGB II, Hilfebedürftigkeit, lautet: „Hilfebedürftig ist, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält."

[217] *S. Knickrehm*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann, § 8 SGB II Rn. 1.

[218] *W. Spellbrink/ G. Becker*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann, § 9 SGB II Rn. 1.

[219] § 12 Abs. 1 SGB II, Zu berücksichtigendes Vermögen, lautet: „Als Vermögen sind alle verwertbaren Vermögensgegenstände zu berücksichtigen."

[220] § 10 SGB II, Zumutbarkeit, lautet:

„(1) Einer erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person ist jede Arbeit zumutbar, es sei denn, dass
1. sie zu der bestimmten Arbeit körperlich, geistig oder seelisch nicht in der Lage ist,
2. die Ausübung der Arbeit die künftige Ausübung der bisherigen überwiegenden Arbeit wesentlich erschweren würde, weil die bisherige Tätigkeit besondere körperliche Anforderungen stellt,
3. die Ausübung der Arbeit die Erziehung ihres Kindes oder des Kindes ihrer Partnerin oder ihres Partners gefährden würde; die Erziehung eines Kindes, das das dritte Lebensjahr vollendet hat, ist in der Regel nicht gefährdet, soweit die Betreuung in einer Tageseinrichtung oder in Tagespflege im Sinne der Vorschriften des Achten Buches oder auf sonstige Weise sichergestellt ist; die zuständigen kommunalen Träger sollen darauf hinwirken, dass erwerbsfähigen Erziehenden vorrangig ein Platz zur Tagesbetreuung des Kindes angeboten wird,
4. die Ausübung der Arbeit mit der Pflege einer oder eines Angehörigen nicht vereinbar wäre und die Pflege nicht auf andere Weise sichergestellt werden kann,
5. der Ausübung der Arbeit ein sonstiger wichtiger Grund entgegensteht.
(2) Eine Arbeit ist nicht allein deshalb unzumutbar, weil
1. sie nicht einer früheren beruflichen Tätigkeit entspricht, für die die erwerbsfähige leistungsberechtigte Person ausgebildet ist oder die früher ausgeübt wurde,
2. sie im Hinblick auf die Ausbildung der erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person als geringer-

durch die prominente Stellung des Grundsatzes der Zumutbarkeit „jeder Arbeit“ (§ 10 SGB II) im SGB II somit zum Ausdruck gebracht werden, dass die Voraussetzungen für Leistungen des SGB II noch schärfer als die des Versicherungssystems des SGB III sind.[222] Somit ist das SGB II keinesfalls ein Alternativmodell zur abhängigen Beschäftigung. Die Absicht des Gesetzgebers bei Schaffung der Normen des SGB II war es somit keineswegs, ein bedingungsloses Sicherungsnetz für sämtliche Arbeitssuchende zu schaffen, sondern vielmehr sollten Leistungen des SGB II nur ausnahmsweise und ausschließlich an Personen, welche die Kriterien der Leistungsberechtigung erfüllen, gewährt werden.

§ 1 SGB III[223] postuliert das Ziel der Arbeitsförderung nach dem SGB III. Demnach ist erklärtes Ziel der Arbeitsförderung dem „Entstehen von Arbeitslosigkeit“ entgegen zu wirken und die „Dauer der Arbeitslosigkeit“ zu verkürzen. Durch die Arbeitsförderung soll ein „hoher Beschäftigungsstand“ erreicht und die „Beschäftigungsstruktur ständig verbessert“ werden. Die erste Norm des SGB III stellt somit „eine Grundsatznorm mit programmatischen Charakter“[224] bzw. einen „sozialpolitische[n] Auftrag“[225] dar, welcher im Einzelfall als Auslegungshilfe für andere Rechtsnormen fungieren kann[226]. Die Verhinderung des Entstehens der Arbeitslosigkeit ist also primärer Zweck und Ziel der Arbeitsförderung: In keiner Weise soll durch das SGB III die Unterlegenheit des Arbeitnehmers in der Weise kompensiert werden, dass abhängige Arbeit von Arbeitnehmern aufgrund der

---

wertig anzusehen ist,
3. der Beschäftigungsort vom Wohnort der erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person weiter entfernt ist als ein früherer Beschäftigungs- oder Ausbildungsort,
4. die Arbeitsbedingungen ungünstiger sind als bei den bisherigen Beschäftigungen der erwerbsfähigen leistungsberechtigten Person,
5. sie mit der Beendigung einer Erwerbstätigkeit verbunden ist, es sei denn, es liegen begründete Anhaltspunkte vor, dass durch die bisherige Tätigkeit künftig die Hilfebedürftigkeit beendet werden kann.
(3) Die Absätze 1 und 2 gelten für die Teilnahme an Maßnahmen zur Eingliederung in Arbeit entsprechend.“

[221] *C. Armborst*, in: LPK-SGB II, § 10 Rn. 7.

[222] *C. Armborst*, in: LPK-SGB II, § 10 Rn. 7.

[223] § 1 Abs. 1 SGB III lautet: „Die Arbeitsförderung soll dem Entstehen von Arbeitslosigkeit entgegenwirken, die Dauer der Arbeitslosigkeit verkürzen und den Ausgleich von Angebot und Nachfrage auf dem Ausbildungs- und Arbeitsmarkt unterstützen. Dabei ist insbesondere durch die Verbesserung der individuellen Beschäftigungsfähigkeit Langzeitarbeitslosigkeit zu vermeiden. Die Gleichstellung von Frauen und Männern ist als durchgängiges Prinzip der Arbeitsförderung zu verfolgen. Die Arbeitsförderung soll dazu beitragen, dass ein hoher Beschäftigungsstand erreicht und die Beschäftigungsstruktur ständig verbessert wird. Sie ist so auszurichten, dass sie der beschäftigungspolitischen Zielsetzung der Sozial-, Wirtschafts- und Finanzpolitik der Bundesregierung entspricht.“

[224] *R. Brandts*, in: Brand, SGB III, § 1 Rn. 3.

[225] *R. Brandts*, in: Niesel/Brand, SGB III, § 1 Rn. 2.

[226] *S. Leitherer*, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 1 Rn. 2.

Zahlung von Leistungen der Arbeitsförderung (siehe hierzu § 1 Abs. 2 SGB III[227]) nicht mehr notwendig sind. Die Leistungen der Arbeitsförderungen sollen insbesondere eine Marktausgleichsfunktion (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 SGB III) haben: Die schnelle Neubesetzung von offenen Stellen und eine gesteigerte Transparenz auf dem Arbeitsmarkt sollen durch das SGB III und seine Leistungen geschaffen und ermöglicht werden.[228] Durch das SGB III soll dem Bürger nicht eine Alternative zur abhängigen Arbeit bereitgestellt werden. Dies wird auch durch § 4 Abs. 1 SGB III[229] betont, wonach die Vermittlung in Ausbildung und Arbeit Vorrang vor den Leistungen zum Ersatz des Arbeitsentgelts bei Arbeitslosigkeit hat. Die Entgeltersatzleistungen des SGB III sind somit nur nachrangig zu erbringen (vgl. auch § 5 SGB III[230]).[231]

Durch die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines „sozio-kulturellen Existenzminimums"[232] aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 GG wird aber lediglich ein Mindestbestand „für ein menschenwürdiges Dasein" an gesellschaftlicher, kultureller und politischer Teilhabe gesichert.[233] Dieses staatlich garantierte Minimum als Alternative und Argument gegen das Vorhandensein der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber ins Feld zu führen, wirkt doch sehr bemüht und hilflos. Es wirkt gerade so, als ob man einem Schwächeren seine unterlegene Position gegenüber einem rechtlich Gleichgestellten dadurch ausreden wollen würde, indem man ihm vor Augen führt, dass er doch immer noch im Hintergrund einen potenten Wohltäter habe. Existenzminimum und

[227] § 1 Abs. 2 SGB III lautet: „Die Leistungen der Arbeitsförderung sollen insbesondere
1. die Transparenz auf dem Ausbildungs- und Arbeitsmarkt erhöhen, die berufliche und regionale Mobilität unterstützen und die zügige Besetzung offener Stellen ermöglichen,
2. die individuelle Beschäftigungsfähigkeit durch Erhalt und Ausbau von Fertigkeiten, Kenntnissen und Fähigkeiten fördern,
3. unterwertiger Beschäftigung entgegenwirken und
4. die berufliche Situation von Frauen verbessern, indem sie auf die Beseitigung bestehender Nachteile sowie auf die Überwindung eines geschlechtsspezifisch geprägten Ausbildungs- und Arbeitsmarktes hinwirken und Frauen mindestens entsprechend ihrem Anteil an den Arbeitslosen und ihrer relativen Betroffenheit von Arbeitslosigkeit gefördert werden."

[228] *R. Brandts*, in: Brand, SGB III, § 1 Rn. 7.

[229] § 4 Abs. 1 und 2 SGB III, Vorrang der Vermittlung, lautet:
„(1) Die Vermittlung in Ausbildung und Arbeit hat Vorrang vor den Leistungen zum Ersatz des Arbeitsentgelts bei Arbeitslosigkeit.
(2) Der Vermittlungsvorrang gilt auch im Verhältnis zu den sonstigen Leistungen der aktiven Arbeitsförderung, es sei denn, die Leistung ist für eine dauerhafte Eingliederung erforderlich."

[230] § 5 SGB III, Vorrang der aktiven Arbeitsförderung, lautet: „Die Leistungen der aktiven Arbeitsförderung sind entsprechend ihrer jeweiligen Zielbestimmung und den Ergebnissen der Beratungs- und Vermittlungsgespräche einzusetzen, um sonst erforderliche Leistungen zum Ersatz des Arbeitsentgelts bei Arbeitslosigkeit nicht nur vorübergehend zu vermeiden und dem Entstehen von Langzeitarbeitslosigkeit vorzubeugen."

[231] *R. Brandts*, in: Brand, SGB III, § 4 Rn. 2.

[232] *S. Muckel/M. Ogorek*, Sozialrecht, § 14 Rn. 6ff.

[233] BVerfGE 82, 60 (85); *H.* Dreier, in: Dreier, GG I, Art. 1 Rn. 158; *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 48f.; *M. Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 121.

Sozialhilfe markieren auch keineswegs eine Untergrenze der Lohns,[234] da diese Aussage zumindest die Arbeitsverhältnisse außer Acht lassen würde, welche aufgrund ihres geringen Lohnertrages durch Sozialleistungen ergänzt werden[235].

Insofern ist das Argument, aufgrund der staatlichen Sozialnetze seien Arbeitnehmer nicht mehr existentiell von den Arbeitgebern, abhängig nicht überzeugend.[236]

Langfristig ginge auch den Sozialsystemen durch zu hohe Arbeitslosigkeit ihre finanzielle Basis abhanden.[237] Soziale Sicherungssysteme und insbesondere staatliche Sicherheitsleistungen für Erwerbslose leben von den Einzahlungen der Erwerbstätigen und sind somit endlich. Verelendung wird Arbeitslosen in Deutschland heute wohl nicht mehr in dem Ausmaß begegnen wie es noch im 19. Jahrhundert der Fall war, dennoch ist Armut auch stets relativ zu betrachten und zu bewerten.

Der Duktus der sozialen Systeme zur Absicherung von Arbeitssuchenden und zur Arbeitsförderung wurde durch die Beispiele der im SGB II und SGB III enthaltenen Normen verdeutlicht: Die staatlichen Sicherungssysteme sind lediglich für Notfälle bestimmt. Es soll durch sie nicht ein alternatives Lebensmodell finanziert und etabliert werden. Das Argument, durch das soziale Sicherungsnetz werde die Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber behoben, lässt nicht nur diesen Aspekt des Notfalls außer Acht; auch leidet das Argument darunter, dass es lediglich die Sicht auf sich anbahnende Beschäftigungsverhältnisse lenkt. Die Unterlegenheit eines beschäftigten Arbeitnehmers gegenüber dem wirtschaftlich potenteren Arbeitgeber und die damit in der Regel verbundene stärkere Verhandlungsposition wird keineswegs durch soziale Sicherungssysteme behoben.

bb. Wirtschaftliche Betrachtung: Nachfragemonopol bei Arbeitgebern

Die Annahme einer strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers zu erschüttern versucht ein wettbewerbstheoretisches Argument, wonach nicht der einzelne Arbeitgeber eine Monopolstellung innehabe und folglich auch Arbeitgeber untereinander um Arbeitskräfte konkurrieren würden.[238]

Zumindest für Arbeitssuchende kann dies aber eindeutig verneint werden, da diese in einer erheblich schlechteren Verhandlungssituation als der Arbeitgeber und somit unter einem gewissen Einigungszwang stehen.[239] Zudem stünde dem

---

[234] *D. Reuter*, RdA 1991, 193 (195).

[235] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 147.

[236] So auch *O. Meisen*, Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, S. 44; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 147.

[237] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 1).

[238] *D. Reuter*, RdA 1991, 193 (195).

[239] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 195.

Arbeitnehmer jederzeit die Möglichkeit offen, die Branche, die Region oder sonstige Modalitäten zu ändern.[240] Welche Arbeitsplatzangebote bestehen, hängt aber von einer Vielzahl von sowohl aus der Sphäre des Arbeitnehmers als auch außerhalb seiner Sphäre stammenden Faktoren ab.[241]

In Anbetracht der hohen Arbeitslosenquoten[242] und der darin enthalten Belege für die Zahl der stabilen Dauerarbeitslosigkeit kann jedoch nicht nachvollziehbar gemacht werden, inwiefern das mangelnde Arbeitsnachfragemonopol der Arbeitgeber zur Negierung der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer führe. Denn sicherlich herrscht innerhalb bestimmter Branchen und in bestimmten Berufszweigen große Konkurrenz um wenige qualifizierte Fachkräfte. Doch selbst bei diesen Fachkräften kann empirisch nicht belegt werden, dass sie ihre Interessen in Arbeitsvertragsverhandlungen einfacher durchsetzen können, ihr „Vorteil" beschränkt sich damit auf die erste Bewerbungsphase.[243]

Summa summarum ist festzustellen, dass insgesamt ein Überangebot an Arbeitskräften besteht. Dieser Umstand führt nach den Gesetzen der Marktpreisparameter Nachfrage und Angebot dazu, dass in Lohnverhandlungen die Arbeitnehmerseite deutlich schwächer als die Arbeitgeberseite auftreten kann, da dieser ein erheblich größerer Alternativpool zur Verfügung steht.[244] Nach den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften überwiegen das monopolistische und oligopolistische Arbeitsplatzangebot.[245] Die Arbeitsmarktsituation stellt sich somit als für den Arbeitnehmer ungünstig und für den Arbeitgeber günstig dar, auch wenn dies in den einzelnen Branchen unterschiedlich ausfällt.[246]

Der Vorschlag, Arbeitnehmer in einer besonders „überfüllten" Branche könnten doch die Branche oder die Region wechseln, ist wenig überzeugend.[247] Angesichts der mit dem jeweiligen Beruf zusammenhängenden Modalitäten kann nicht vom einzelnen Arbeitnehmer verlangt werden, aufgrund eines Ungleichgewichts im Markt zu Lasten der anbietenden Arbeitskräfte die Region oder Branche zu

---

[240] *D. Reuter*, RdA 1991, 193 (195); *R. Soltwedel*, Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt, S. 162ff., 164.

[241] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 198.

[242] Belege für Arbeitslosigkeit und Dauerarbeitslosigkeit beruhen auf den Daten des statistischen Bundesamtes: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Konjunkturindikatoren/Arbeitsmarkt/arb110.html?cms_gtp=144998_list%253D1&https=1 – zuletzt gesehen am 09.08.2013.

[243] *U. Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 89; vgl. *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 145.

[244] *E. Dorndorf*, Mehr Individualvertragsfreiheit im Arbeitsrecht?, in: Arbeit und Recht: Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag, S. 39 (S. 41f.); *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 142.

[245] *R.A. Posner*, Economic Analysis of Law, S. 335ff.

[246] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 198f.

[247] So auch *L. Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 187; *O. Meisen*, Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, S. 46.

wechseln.[248] Jedenfalls kann diese Möglichkeit des Wechsels aber nicht herangezogen werden, um eine Unterlegenheitssituation überzeugend zu verneinen. Abhängig von Alter, Branche, Ausbildung, familiärer Situation etc. ist ein Neuanfang in einer anderen Branche oder Region auch unterschiedlich schwer realisierbar.[249]

Wettbewerb innerhalb eines Marktes im marktwirtschaftlichen System relativiert zwar grundsätzlich bestehenden Einigungszwang durch das Angebot.[250] Die Tatsache, dass das Argument vorgebracht wird, andere Erwerbsmöglichkeiten oder andere Regionen in Betracht zu ziehen, impliziert jedoch geradezu, dass die Kräfte im Markt auszugleichen sind. Zudem ist der Arbeitnehmer insofern zu schützen, als dass ein Arbeitsplatzwechsel bzw. der Abschluss eines Arbeitsvertrages noch für den betroffenen Arbeitnehmer zumutbar[251] sein muss.[252]

Angeführt wird als weiteres Argument gegen eine vorherrschende Unterlegenheit der Arbeitnehmer und oft auch gegen das Instrument der Tarifautonomie, dass für bestimmte „starke, durchsetzungsfähige Arbeitnehmer“ kollektiv ausgehandelte Bestimmungen Einschränkungen ihrer möglichen Freiheiten darstellen würden.[253] Tarifautonomie als Mittel zur Erlangung von Mindestbedingungen sei daher für einen bestimmten Typus von Arbeitnehmer anstatt kollektivem Schutz eine „Beschneidung tatsächlicher oder auch potentieller Freiheiten“.[254] Zugegebenermaßen sind zum Teil erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Branchen und einzelnen Berufsgruppen hinsichtlich ihrer Konkurrenzsituation zu Mitbewerbern gegeben[255] und es mag Einzelfälle geben, in denen sich bestimmte Arbeitnehmer nicht in einer Unterlegenheitssituation befinden[256].[257] Dennoch rechtfertigt es diese Ausgangslage nicht, anzunehmen, dass die Vorteile der Tarifautonomie nur bestimmten Arbeitnehmern zukommen würden.

Eine wirtschaftliche, generalisierende Betrachtungsweise der Arbeitsmarktsituation zeigt somit auf, dass vor allem bei Arbeitsvertragsschluss der Arbeitnehmer in einer gegenüber dem Arbeitgeber unterlegenen Stellung steht.

---

[248] Vgl. *T. Dieterich*, RdA 1995, 129 (135); in diese Richtung aber *D. Reuter*, RdA 1991, 193 (195).

[249] *D. Reuter*, RdA 1991, 193 (195).

[250] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 196.

[251] Hierzu eingehend *H. Hummel-Liljegren*, Zumutbare Arbeit – das Grundrecht des Arbeitslosen, S. 42ff., 58ff., 66ff., 172ff.

[252] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 199.

[253] *U. Zachert*, AuR 2002, 41 (46).

[254] *U. Zachert*, AuR 2002, 41 (46).

[255] So auch *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 4; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 149.

[256] So auch *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 4; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 149.

[257] Das Unterlegenheitstheorem wird aufgrund dieser Einzelfälle zum Teil als solches hinterfragt, siehe *E.B. Franz*, Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags, S. 87ff.; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 149 m. w. N.

cc. Empirische Untersuchung zur strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers

Die empirische Untersuchung von *U. Preis* belegt, dass das Vertragsmodell im Arbeitsrecht „strukturell gestört“ ist. Nicht die Position der anderen Vertragsseite, sondern das Gesetz ziehe die Grenze der Vertragsgestaltung des Arbeitgebers.[258] Auch die Personalleiterbefragung des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts der Hans-Böckler-Stiftung (im Folgenden WSI) zu Gestaltungsmöglichkeiten bei Arbeitsverträgen aus dem Jahr 2007[259] belegt dies. Danach können Bewerber um Arbeitsstellen nur in Einzelfällen die Arbeitsverträge inhaltlich mitgestalten: Danach gibt es bei 96 % der nichtakademischen Arbeitnehmer in Großbetrieben keine Vertragsänderungen vor Arbeitsvertragsschluss, bei Akademikern werden in 73 % der Fälle keine Vertragsänderungen vor Vertragsabschluss durchgeführt. Dahingegen gab es in mittelgroßen Betrieben in 82 % der Fälle bei nichtakademischen Arbeitnehmern und bei akademischen Arbeitnehmern in 65 % der Fälle keine Vertragsänderungen. In Kleinbetrieben betrug die Rate der Vertragsänderungen vor Vertragsschluss bei nichtakademischen Arbeitnehmern bei 69 % und bei Akademikern 43 %. Somit kann auch der Schluss gezogen werden, dass in Kleinbetrieben die Möglichkeit der Anpassung bzw. Änderung eines Arbeitsvertrages vor Vertragsschluss deutlich höher als in Großbetrieben ist.[260] *Heide Pfarr*[261] kommentierte die Befragung mit den Worten:

> *„Die These, dass sich im Einstellungsgespräch zwei gleichwertige Verhandlungspartner gegenübersitzen, ist damit widerlegt.“*[262]

dd. Ressourcenlage von potenziellem Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Der Arbeitgeber hat im Gegensatz zum Arbeitnehmer auch in Bezug auf die rechtliche Ausarbeitung des konkreten Arbeitsvertrages einen deutlichen Vorsprung. Er hat im Zeitraum der Vertragsanbahnung bereits die Möglichkeit den Arbeitsvertrag von Fachkräften erstellen zu lassen bzw. zu überprüfen.[263] Er hat in der Regel jahrelange Erfahrung mit der rechtlichen Handhabe von Arbeitsverträgen und meist eine Rechtsabteilung, welche seine Interessen klar im Blick behält.[264] Die Ressourcenlage hinsichtlich der rechtlichen Bewandtnis der Abwick-

---

[258] *U. Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 87ff.

[259] Die zusammenfassende statistische Erhebung siehe in: BöcklerImpuls 12/2007, S. 1.

[260] Statistische Erhebung siehe in: BöcklerImpuls 12/2007, S. 1.

[261] *Heide Pfarr* war wissenschaftliche Direktorin des WSI der Hans-Böckler-Stiftung.

[262] Zitiert nach der BöcklerImpuls 12/2007, S. 1.

[263] *W. Gast*, „Herr und Knecht“ - Hegels Dialektik und die Dogmatik des Arbeitsrechts, in: Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, S. 249 (S. 264); *U. Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 88; *F.J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle, S. 88f.; *T. Dieterich*, RdA 1995, 129 (135).

[264] Vgl. *F.J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle, S. 88ff.

lung des Arbeitsvertrages ist auf Arbeitgeberseite wesentlich besser.[265] Der potentielle Arbeitnehmer ist oftmals nicht in der Lage, rechtlich stichfeste Formulierungen der Arbeitsbedingungen in den Arbeitsvertrag einzubringen oder aber er ist sich der Tragweite bestimmter vorformulierter Arbeitsbedingungen in Arbeitsverträgen, die von der Gegenseite eingebracht werden, nicht bewusst.[266] Sowohl im Hinblick auf die Gestaltung des Arbeitsvertrages durch beide Vertragsseiten als auch im Hinblick auf das Abschätzen des Vertragsrisikos sind somit „prozedurale Defizite der Privatautonomie" auf Seiten des Arbeitnehmers zu verzeichnen, da die Ausgangslage des Arbeitnehmers sich erheblich von der des Arbeitgebers unterscheidet.[267] Dies führt dazu, dass nicht nur bei Vertragsschluss eine Ungleichgewichtslage besteht, sondern oftmals auch dazu, dass sich die Defizite mittelfristig bis langfristig fortführen.[268]

Es besteht folglich eine deutliche Asymmetrie zu Lasten des Arbeitnehmers hinsichtlich der Ressourcenlage, was rechtliche Bewandtnis, Erfahrung und Informationen angeht.[269]

ee. Soziologische Veränderung des klassischen Arbeitsverhältnisses

Der einzelne Arbeitnehmer, der sein ganzes Leben lang in einem Unternehmen arbeitet, ist kaum noch Realität.[270] Stattdessen wird die Arbeitswelt immer mehr von Modellen wie Teilselbstständigkeit, Scheinselbstständigkeit, befristeten Arbeitsverhältnissen und anderen Bruchteilen eines klassischen Beschäftigungsverhältnisses dominiert.[271] Die Globalisierung fordert die Unternehmen zusehends wettbewerbsfähiger zu sein, so dass Tariflöhne und tarifliche Arbeitsbedingungen immer schwieriger mit den angestrebten Unternehmenszielen zu vereinbaren sind.[272] Aufgrund der Fragmentierung des klassischen „traditionellen" Beschäftigungsverhältnisses sowie die mit der Globalisierung einherschreitenden Konse-

[265] So auch *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 143.

[266] *T. Dieterich*, RdA 1995, 129 (135); *L. Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S: 188; *F.J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle, S. 92f.; vgl. auch *U. Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 88; abweichend *R. Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, S. 48ff.

[267] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 143.

[268] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 143f.

[269] *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 144.

[270] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 14).

[271] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 14f.).

[272] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 13).

quenzen für die Nationalökonomie ist eine strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber weiterhin gegeben, wenn auch in etwas veränderter Form.[273] Insbesondere wird dies in den durch die Wirtschaftskrise geschwächten Branchen augenfällig.[274] Durch die Globalisierung beleben neue Wettbewerber den Markt, die in der Lage sind, „jedes Preis- und Lohnniveau mühelos“ zu unterbieten.[275] Dadurch beginnt ein Wettrennen bis zum untersten Punkt des möglichen Lohns. Durch neue Marktteilnehmer im Zuge der Globalisierung sind die inländischen Unternehmen geneigt und zum Teil auch ökonomisch gezwungen, die Kosten möglichst gering zu halten, um weiterhin wettbewerbsfähig zu bleiben. Auf der anderen Seite geht damit einher, dass nicht nur zunehmend von den Arbeitnehmern erwartet wird, örtlich flexibel zu sein (im Falle eines Unternehmensumzugs in das kostensparende Ausland), sondern auch, dass der einzelne Arbeitnehmer für geringeren Lohn die Arbeit leistet. Somit sind sowohl die Globalisierung als auch die Veränderungen des klassischen Berufsbildes Belege für die immer noch gegenwärtige strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers.

ff. Änderung der Wertvorstellung über die Bedeutung von Arbeit

Der mit der abhängigen Arbeit verknüpfte Einkommenserwerb ist jedoch für die meisten Arbeitnehmer neben der Sättigung materieller Bedürfnisse auch mit sozialer Teilhabe verbunden, weshalb Arbeits- und Einkommensverlust nicht nur rein materiell aufzufangen sind.[276]

Zu beachten ist in der Diskussion um die Frage der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer auch, dass ein gewisser Wertewandel verzeichnet werden kann. Eine größere Zahl der Arbeitnehmer sieht in der Leistung der Arbeit mehrheitlich ihre eigene Selbstentfaltung als Beweggrund und nicht die Ableistung eines Pflichtenkatalogs.[277] Die Arbeit bzw. das Innehaben eines (bestimmten) Arbeitsplatzes ist ein großer Einflussfaktor für die Selbstachtung der Personen, wie auch für die gesellschaftliche Anerkennung.[278] Zur wirtschaftlichen Drucksituation kommt somit die stetig wachsende soziale Drucklage hinzu.[279]

---

[273] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 21).

[274] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 21).

[275] *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 22).

[276] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 195.

[277] *U. Zachert*, AiB 2000, 204 (206).

[278] *G. Hönn*, Kompensation struktureller Vertragsparität, S. 194f.; *C. Vaupel*, Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen im Arbeits- und Verbraucherrecht, S. 48; BVerfGE 97, 169 (177).

[279] *C. Vaupel*, Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen im Arbeits- und Verbraucherrecht, S. 48; *S. Voswinkel*, WSI-Mitteilungen 2007, 427ff.

Arbeit hat heute einen anderen Stellenwert im Leben des Einzelnen als noch im 19. Jahrhundert, als es hauptsächlich um die Existenzsicherung ging. Das aufgrund der Entstehungsgeschichte tradierte Motiv der Versorgung und der Schaffung einer Existenzgrundlage durch die Leistung von Arbeit ist somit insofern nicht mehr zeitgerecht, als dass Arbeitnehmer viel stärker die Selbstentfaltung und Selbstverwirklichung[280] durch die Arbeit im Blick haben und weniger die Versorgung durch die Arbeit. Arbeit wird nicht als „Frondienst", sondern im Gegenteil als „Freude" wahrgenommen.[281] Abhängiger Arbeit kommt insofern eine nicht zu verachtende psychische und psychosoziale Bedeutung zu.[282]

Anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Wahrnehmung des Bedeutungswandels der Arbeit im Leben der Grundrechtsberechtigten ebenso zu verzeichnen. So ist beispielsweise Art. 12 Abs. 1 GG nicht nur eine Säule der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes, sondern das Grundrecht der Berufsfreiheit soll als bedeutsames Freiheitsrecht dem Einzelnen die Persönlichkeitsentfaltung zur Schaffung und Erzielung einer Existenzgrundlage ermöglichen.[283] Diese weitere Funktion der Persönlichkeitsentfaltung, welche der lohnabhängigen Arbeit zukommt, ist aber nicht als Beleg für eine heutzutage nicht mehr vorhandene strukturelle Abhängigkeit der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber anzusehen. Obgleich existentielle Abhängigkeit im Sinne einer Abhängigkeit aufgrund bedrohter Existenz nicht mehr gegeben ist, steht der Einzelne in einer sozialen Abhängigkeit zum Arbeitgeber. Der Wertewandel über die Bedeutung von Arbeit hat somit einen anderen, aber nicht geringeren Wert.

b. Kompensationsbedarf, gestern wie heute

Das Handeln der Arbeitnehmerkoalitionen als Kollektiv soll den in ihr vereinigten Individuen dienen. Die Überwindung der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer ist als Funktionsbeschreibung der Tarifautonomie heute immer noch aktuell. Der Schutzbedarf liegt damals wie heute in der Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, auch wenn sich zum Teil die Unterlegenheit aus anderen Gründen ergibt.

3. Unmittelbare Drittwirkung gem. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG

Zu klären ist, welche Auswirkungen die verfassungsrechtlich angeordnete Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG auf die Frage der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien hat.

---

[280] Vgl. *U. Zachert*, AuR 2002, 41 (46ff.); *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 195; *O. Meisen*, Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, S. 43f.

[281] *U. Zachert*, AuR 2002, 41 (45).

[282] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 195 m. w. N.

[283] BVerfGE 30, 290 (334): „Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist also in erster Linie persönlichkeitsbezogen. Es konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit […]."; *H.D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 2.

Die Drittwirkungsklausel in Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG lautet:

„Abreden, die dieses Recht [die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG[284]] einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig."

Parallel zu den anderen Grundrechten gilt auch bei der Koalitionsfreiheit, dass alle öffentlichen Rechtsträger nach Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsverpflichtet sind.[285] Die Koalitionsfreiheit verkörpert aber nicht nur ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe:[286]

Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG birgt eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechtswirkung und -bindung zwischen Privaten.[287] Durch diese große Besonderheit[288] werden neben den öffentlichen Rechtsträgern auch Privatrechtsubjekte verpflichtet.[289]

Uneinigkeit herrscht allerdings, ob sich die Drittwirkungsklausel nur auf die individualrechtlichen Gewährleistungen[290] oder auch auf kollektivrechtliche Gewährleistungen der Koalitionsfreiheit, also beide Spielarten der Koalitionsfreiheit,[291] bezieht.

Die Auffassung, welche die unmittelbare Drittwirkung aus Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG lediglich auf die individuelle Koalitionsfreiheit angewandt wissen will, wird vor allem von *W. Höfling* und *C. Burkiczak*[292] vertreten.

---

[284] Einfügung durch Verfasserin.

[285] *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 87.

[286] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 43.

[287] BVerfGE 57, 220 (245); BAGE 94, 169 (174); 117, 137 (145); *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 314; *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 124; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 171; *M. Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 184ff.; *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 901; ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 43; *P. Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 66ff.; *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 88f m. w. N.; abweichend hiervon trotz des eindeutigen Wortlauts insbesondere: *J. Ipsen*, Grundrechte, Rn. 708: „ zivilrechtliche Spezialvorschrift mit Verfassungsrang".

[288] Zum Teil werden Art. 20 Abs. 4 GG und Art 48 Abs. 2 Satz 2 GG ebenso als Normen zitiert, an denen das Grundgesetz die Wirkung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten auf Privatrechtsverhältnisse erstreckt (so beispielsweise bei *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 110 und bei *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263 (265 Fn. 29)). Allerdings wurde Art. 20 Abs. 4 GG erst nachträglich (durch Gesetz vom 24.06.1969) in das Grundgesetz eingefügt und bei Art. 48 Abs. 2 GG ist die Grundrechtsqualität umstritten, siehe hierzu *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263 (265 Fn. 29 m. w. N.).

[289] *R. Dietz*, in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 417, 449.

[290] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 125a; *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263ff.

[291] BAGE 117, 137 (145); BAG, Urteil vom 24.04.2007 – 1 AZR 252/06 – AP TVG § 1 Sozialplan Nr. 2; *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 88; *M. Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 184ff., 186; ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 43ff.; *T. Dieterich*, Arbeitsgerichtlicher Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit, in: Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag, S. 114 (S. 120); *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 901; a. A.: *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 125a;sehr ausführlich dazu *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263ff.

[292] *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263ff.

Gegen die Annahme der unmittelbaren Drittwirkung bezüglich der kollektivrechtlichen Ausprägung der Koalitionsfreiheit werden vor allem entstehungsgeschichtliche Argumente vorgebracht.[293] Aus dem historischen Argument, dass sich die unmittelbare Drittwirkung der Vorgängernorm (Art 159 Satz 2 WRV) nur auf die individuelle Koalitionsfreiheit bezog, wird gefolgert, dass diese Beschränkung der unmittelbaren Drittwirkung auch für Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG gelte.[294] Schließlich sei durch das Bundesverfassungsgericht mehrfach festgestellt worden, dass insbesondere bei der Auslegung der Koalitionsfreiheit ihre Entstehungsgeschichte zu berücksichtigen sei, was das Gericht durch seine Auslegung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG selbst nicht beherzige.[295] Zudem wird auch auf ein verbindliches Protokoll beim Abschluss des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. Mai 1990[296] angeführt, welches eindeutig in Bezug auf die Satzstellung der Drittwirkungsklausel belege, dass sich diese auf individuelle Gewährleistungselemente beschränke.[297]

Weiter wird angeführt, dass, wenn die unmittelbare Drittwirkung nicht auf die individualrechtliche Koalitionsfreiheit beschränkt werde, das Verhältnis von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG paradox erscheine.[298] Beispielsweise würde nahezu jede Abrede oder Maßnahme aufgrund des konfligierenden Charakters der Tarifautonomie gleichzeitig eine die Koalitionsfreiheit des Gegenspielers beeinträchtigende und damit verfassungswidrige Abrede darstellen.[299]

Gegen eine solche Beschränkung der unmittelbaren Drittwirkung allein auf die individualrechtliche Ausprägung der Koalitionsfreiheit spricht zwar auf den ersten Blick der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, welcher nicht zwischen Individualgrundrecht und Kollektivgrundrecht differenziert, sondern nur die individualrechtliche Koalitionsbildungsfreiheit schützt und sich auf Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG bezieht. Jedenfalls wäre es aber höchst inkonsequent, einerseits Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG die Aussage zu entnehmen, auch die kollektive Koalitionsfreiheit samt der kollektiven Koalitionsbetätigung zu umfassen, andererseits aber die Drittwirkungsklausel nur auf die individuelle Koalitionsfreiheit[300] zu beschränken. Das

---

[293] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 125a; *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263 (268, 270).

[294] *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263 (271).

[295] *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263 (270).

[296] Gemeinsames Protokoll über Leitsätze in Ergänzung des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion; siehe BGBl. 1990 II, S. 545: „Jedermann hat das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, bestehenden Vereinigungen beizutreten, aus solchen Vereinigungen auszutreten und ihnen fernzubleiben. Ferner wird das Recht gewährleistet, sich in den Koalitionen zu betätigen. Alle Abreden, die diese Rechte einschränken, sind unwirksam. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sind in ihrer koalitionsgemäßen Betätigung geschützt."

[297] *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263 (268).

[298] *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263 (268f.); *J. Dietlein* in: Stern, StR IV/1, § 112 S. 2093.

[299] *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263 (268f.).

[300] Zumal *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263 (273) nicht mal auf den Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 1 GG abstellen. Würden sie dies tun, könnten sie Drittwirkungsklausel lediglich auf die indi-

teleologische Argument, welches für einen kollektivrechtlichen Gewährleistungsgehalt der Koalitionsfreiheit nutzbar gemacht wird und nutzbar gemacht werden muss,[301] ist somit konsequent zu Ende zu führen: Gerade und nur durch ihre kollektive Ausprägung kann das Ziel der Koalitionsfreiheit, die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Ausübung der Tarifautonomie, erreicht werden. Würde man Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG lediglich auf die individualrechtliche Seite der Koalitionsfreiheit beschränken, so würde man damit den erheblich bedeutsameren Teil der Koalitionsfreiheit, die kollektive Koalitionsfreiheit, dem besonderen Schutz der Drittwirkungsklausel grundlos entziehen. Da nur durch das Kollektiv der koalitionsfreiheitliche Zweck erfüllt werden kann, muss dieses mindestens genauso wie die individuelle Koalitionsfreiheit durch die Drittwirkungsklausel aus Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG geschützt werden.

Die historische Auslegung anhand der Vorläufernorm überzeugt insofern nicht, als zwar die überwiegende Weimarer Staatsrechtslehre den Koalitionen keine Grundrechtssubjektivität aus Art. 159 WRV zukommen ließ, in der Arbeitsrechtslehre dies aber durchaus vertreten wurde.[302] Auch das Bundesverfassungsgericht nahm an, dass durch die Bestimmungen der WRV auch die Koalitionen Grundrechtssubjektivität erhalten sollten. Zwar fehle dem Grundrecht eine dem Art. 165 Abs. 1 WRV entsprechende Vorschrift, diese war aber für das Grundgesetz entbehrlich, weil selbstverständlich davon ausgegangen werden konnte, dass Vereinigungen selbst den Schutz der Koalitionsfreiheit genießen sollten.[303] Somit kann man genauso gut mittels der gleichen Methode, der historischen Auslegung, die entgegengesetzte Haltung vertreten.

Der Versuch, Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG anhand eines verbindlichen Protokolls beim Abschluss des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. Mai 1990,[304] auszulegen, und diesem Protokoll zu entnehmen, dass die kollektive Dimension der Koalitionsfreiheit von der unmittelbaren Drittwirkung ausgenommen sei, erscheint äußerst fragwürdig. Wie *W. Höfling*

viduelle Koalitionsbildungsfreiheit, nicht aber auf andere Ausprägungen der individuellen Koalitionsfreiheit anwenden.

[301] Siehe hierzu vor allem Drittes Kapitel: B. II. 1. a.

[302] Dies wird überraschenderweise sogar von den Verfassern selbst erwähnt, *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263 (271): „Die Koalitionen selbst waren nach der – vor allem in der Staatsrechtslehre, weniger der Arbeitsrechtslehre – herrschenden Meinung nicht Träger des Grundrechts aus Art. 159 WRV."

[303] BVerfGE 4, 96 (101f.).: „Die Auffassung, daß die Vereinigung selbst in den Schutz des Grundrechts der Koalitionsfreiheit mit einzubeziehen sei, trifft auch für das Grundgesetz zu. Zwar fehlt hier eine dem Art. 165 Abs. 1 W[R]V entsprechende ausdrückliche Vorschrift über die Anerkennung der beiderseitigen Organisationen, sie war aber entbehrlich, weil das Grundgesetz unter Berücksichtigung des bestehenden verfassungs- und arbeitsrechtlichen Zustandes in den Ländern von der rechtlichen Anerkennung der Sozialpartner als selbstverständlich ausgehen konnte." Siehe hierzu näher unter Zweites Kapitel: A. IV.

[304] Gemeinsames Protokoll über Leitsätze in Ergänzung des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion; BGBl. 1990 II, S. 545.

und *C. Burkiczak* richtigerweise feststellen, ist Inhalt des Protokolls lediglich eine mögliche Rechtsauffassung „der bundesrepublikanischen Rechtslage“[305] für deren Überhöhung als Auslegungsdirektive des Verfassungstextes es keinerlei Anhaltspunkte gibt.

Der Vorwurf der Paradoxie kann ebenso nicht überzeugen. Widerstreitende Grundrechtspositionen in Ausgleich zueinander zu bringen, ist dem System der Grundrechte immanent. Ansonsten würde eine solche Paradoxie stets drohen, sobald Grundrechte unterschiedlicher Grundrechtsträger kollidieren.[306] Diese Grundrechtskollisionen werden allerdings nicht lediglich im Falle der Koalitionsfreiheit und der Besonderheit des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG hervorgerufen, sondern sind bei jeder Drittwirkung (auch der mittelbaren Drittwirkung)[307] oder Schutzpflichtwirkung[308] vorzufinden.[309]

Das durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte System der Kollektivautonomie in Form assoziativer Selbsthilfe,[310] gilt es mittels der Drittwirkungsklausel zu unterstützen.

Das Ergebnis des Streits über die Frage des Anwendungsbereichs der Drittwirkungsklausel aus Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG muss also lauten, dass nur eine umfassende unmittelbare Drittwirkung bezüglich individualrechtlicher und kollektivrechtlicher Gewährleistungen der Koalitionsfreiheit dem Grundrecht und der Deutung der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft gerecht wird.

Die angeordnete unmittelbare Drittwirkung verschafft der zweckgebundenen kollektiven Koalitionsfreiheit noch mehr Geltung und schützt sie, indem auch die zwischen Privaten getroffenen Vereinbarungen nichtig sein können, sofern sie sich gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG richten. Denn damit die Koalitionen effektiv ihrer Aufgabe nachgehen können, müssen sie auch vor Beeinträchtigungen anderer, d.h. anderer Privatrechtssubjekte oder anderer Koalitionen, geschützt werden.[311] Daher ist es auch aus teleologischen Gesichtspunkten nicht angezeigt,

---

[305] *W. Höfling/C. Burkiczak*, RdA 2004, 263 (268): „Zwar kommt dem Leitsatz wie dem gesamten Staatsvertrag keine eigenständige Bedeutung für die Auslegung des Grundgesetzes zu. Die hier [in besagtem Protokoll zum Staatsvertrag] Niederschlag findende Deutung der bundesrepublikanischen Rechtslage – nichts anderes sollte insofern ja Grundlage der Rechtsanpassung in der DDR werden – ist aber mindestens genauso bemerkenswert wie das – soweit ersichtlich – völlige Ausbleiben einer Resonanz im juristischen Schrifttum auf diese Deutung.“

[306] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 43.

[307] Der Streit, ob es sich bei der Drittwirkungsklausel aus Art. 9 Abs. 3 2 um eine besonders intensive Ausstrahlungswirkung handelt, oder tatsächlich um unmittelbare Drittwirkung handelt, kann dahinstehen, da dies nur die Konzeption nicht aber die Wirkung betrifft, siehe hierzu *H.D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 47a, 31.

[308] Zu den Schutzpflichten siehe Drittes Kapitel: B. II. 4. c.

[309] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 44.

[310] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 158; *R. Scholz*, in: HStR VIII, § 175 Rn. 26; *M. Kittner/D. Schiek*, in: AK-GG, Art. 9 Abs. 3 Rn. 80ff.; *W. Höfling*, in: Sachs, GG Art. 9 Rn. 52.

[311] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 332ff.

gerade die kollektiven Gewährleistungen des Grundrechts der Koalitionsfreiheit von diesem Schutz auszunehmen.

Demnach sind diejenigen Abreden nichtig, welche das Recht aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG einschränken oder zu behindern suchen und hierauf gerichtete Maßnahmen rechtswidrig. Abreden im Sinne von Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG sind neben Verträgen im Sinne von zwei- oder mehrseitigen Rechtsgeschäften,[312] alle Arten von Vereinbarungen[313] innerhalb einer Koalition, zwischen verschiedenen Koalitionen der gleichen Tarifvertragsseite untereinander, sowie zwischen gegnerischen Koalitionen oder Angehörigen gegnerischer Koalitionen. Kurzum:

> *„Jede Abrede ist nichtig, die die Koalitionsfreiheit einschränkt oder zu behindern sucht.“*[314]

Maßnahmen sind alle tatsächlichen Verhaltensweisen,[315] welche die Koalitionsfreiheit „einschränken oder zu behindern suchen“ sowie einseitige Rechtsakte rechtsförmlicher oder faktischer Natur [316].

Für das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander und die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien kann aus der Drittwirkungsklausel und ihre Bedeutung für die Tarifautonomie Folgendes konstatiert werden:

Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG ist eine Verpflichtung der Koalitionen zu entnehmen, sich selbst an die Koalitionsfreiheit zu halten.[317] Die Verbände der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite sind nicht nur ihren Mitgliedern und deren Interessenverfolgung im Sinne von Interessenverbänden verpflichtet, sondern aus der Drittwirkungsklausel folgt, dass die Koalitionen auch dem (Koalitions)System in Bezug auf Abreden und Maßnahmen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG selbst verpflichtet sind.

Aus der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte kann somit abgeleitet werden, dass die Tarifvertragsparteien verpflichtet sind, sich so zu verhalten, dass die Koalitionsfreiheit der gegnerischen Koalition nicht durch Abreden und Maßnahmen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG beeinträchtigt wird. Dies bedeutet, dass die Kollektivverbände durch die Verfassung zu koalitionssystemkonformen Verhalten verpflichtet werden und dass das Koalitionssystem dadurch verfassungsrechtlich besonderen Schutz erfährt.

Grundrechten ist in aller Regel ihrem Wortlaut nach nur die abwehrrechtliche Dimension, also nur die Beziehung zwischen dem Grundrechtsberechtigten und dem Staat bzw. Hoheitsträger des Staates zu entnehmen. Gerade im kollektiven Arbeitsrecht ist aber ein mehrpoliges Beziehungsgeflecht mit Verschränkungen

---

[312] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 124.

[313] *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 88; siehe auch *M. Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 187 m. w. N.

[314] *R. Dietz*, in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte III/1, S. 419ff., 449.

[315] *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 88; *J.* Dietlein in: Stern, StR IV/1, § 112 S. 2093.

[316] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 124; *J.* Dietlein in: Stern, StR IV/1, § 112 S. 2094.

[317] *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 88 m. w. N.

vorzufinden. Grundgesetzlich ist festgesetzt, dass durch die Koalitionsfreiheit ein System errichtet wurde, welches darauf fußt, allseitig (Koalition-Koalition, Privater-Koalition, etc.) keine die Koalitionsfreiheit des jeweils anderen behindernden oder erschütternden Maßnahmen zu treffen. Die Besonderheit der Koalitionsfreiheit ist, dass dem Grundrecht selbst ein mehrpoliges Beziehungsgeflecht zu entnehmen ist und eine Freiheitsverwirklichung des Einzelnen erst durch zwischengeschaltete Kollektive realisiert wird. Dies führt dazu, dass die kollektive Koalitionsfreiheit besonders schützenswert ist. Durch die Drittwirkungsklausel wird die exponierte Stellung der Koalitionen zueinander, der Koalition zu ihren Mitgliedern sowie des einzelnen Mitglieds zum gegnerischen Verband auf einen Grundnenner gebracht: Alle Beteiligten des Koalitionssystems – auch die Kollektivverbände – haben sich koalitionssystemkonform zu verhalten. Die Achtung der Koalitionsfreiheit des Gegners ist systemstiftend und Bedingung für die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, zu dem die Kollektivverbände ihren Beitrag leisten und zu leisten haben.

Fraglich ist aber, inwiefern sich diese verfassungsrechtliche Verpflichtung zu koalitionssystemkonformem Verhalten der Koalitionen auch konkret in Tarifverhandlungen und in der Zusammenarbeit während der Ausübung der Tarifautonomie auswirkt. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

4. *Objektivrechtlicher Gewährleistungsgehalt der Koalitionsfreiheit hinsichtlich ihrer Ausgestaltung*

Die Notwendigkeit die Tarifautonomie durch den Gesetzgeber auszugestalten und ihr hierdurch einen Rahmen zur Freiheitsverwirklichung bereitzustellen, wird – wie bereits erwähnt – nicht in Frage gestellt.[318] Da sich der Staat im Rahmen der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte schützend und fördernd vor die grundrechtlichen Schutzgüter zu stellen hat,[319] ist die Ermöglichung der Freiheitsverwirklichung des Einzelnen durch die staatliche Bereitstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen im objektivrechtlichen Gewährleistungsgehalt der Grundrechte zu verorten.[320]

Es gilt somit zu klären, inwiefern die Ausgestaltungsbedürftigkeit der Tarifautonomie objektivrechtlich gewährleistet wird bzw. ob sich gar ein Leistungsrecht bezüglich einer bestimmten Ausgestaltung des Verhältnisses der Kollektivverbände bei Ausübung der Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG ableiten lässt.

---

[318] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. II. 1. c. ad.

[319] BVerfGE 39, 1 (41f.); 46, 160 (164); 53, 30 (57).

[320] Vgl. *C. Hillgruber*, in: HStR IX, § 200 Rn. 75; *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 851.

a. Ausgestaltung aufgrund des Schutzbedarfs zur Freiheitsverwirklichung

Die Tarifautonomie bedarf zur rechtlichen und tatsächlichen Realisierung der Einbettung und Manifestation in die Gesamtrechtsordnung, damit die Koalitionen den für die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erforderlichen autonomen Freiraum erhalten.[321] Dem Einzelnen ist die Betätigung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit in seiner vollen Tragweite erst und nur dann möglich, soweit der Gesetzgeber und die Rechtsordnung die gesetzlichen Grundbedingungen hierfür schaffen.[322] Aufgrund der Gewährleistung der gebundenen Freiheit, die stets bei Ausübung der Tarifautonomie durch die Kollektivverbände zum Tragen kommt, wird augenscheinlich, dass die Kollektivverbände nur fähig sind, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sozial angemessen zu regeln, wenn und soweit sie durch die Rechtsordnung hierfür hinreichend ausgestattet werden.[323]

Art. 9 Abs. 3 GG räumt den Koalitionen einen Bereich im Staatsleben ein, in dem sie ein weitgehend staatsfreies Autonomie- und Gestaltungsgebiet zugesprochen bekommen, innerhalb dessen der Staat grundsätzlich zu Neutralität verpflichtet ist.[324] Der Staat hat sich aus dem Bereich der Koalitionsfreiheit zurückzuziehen und auf die Bereitstellung von Grundmechanismen zu beschränken.[325]

Aus der Natur des Tarifwesens, dem Ringen der Kollektivverbände um interessengerechte Lösungen für ihre Mitglieder, wird geschlossen, dass der Gesetzgeber (und subsidiär die Rechtsprechung) eine Balance und zugleich Festsetzungen der wechselseitigen Grundrechtspositionen vornehmen muss.[326] Drohendem Ungleichgewicht zwischen den antagonistischen Kräften ist entgegenzuwirken.[327]

Zu beachten ist aber zugleich, dass das Verhältnis der Tarifpartner zueinander nicht verfälscht werden darf,[328] was nicht nur formalrechtlich, sondern auch faktisch zu verstehen ist.[329]

Die Zusammenarbeit der Kollektivverbände bzw. die erforderliche Ausgestaltung ihres Verhältnisses bei Ausübung der Tarifautonomie ist elementarer Bestandteil des Koalitionssystems und der Tarifautonomie.

---

321 ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 54; vgl. *C. Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechte, S. 41ff.

322 *F. Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 25.

323 *J. Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 163.

324 *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 166 und Rn. 283f.

325 *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 283ff.

326 BVerfGE 84, 212 (228); 88, 103 (115); 92, 365 (394).

327 *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung Rn. 129; *H.D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 46; ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 86.

328 BVerfGE 92, 26 (41).

329 BAGE 23, 292 (307ff.); einschr. *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 292.

Die Ausgestaltungsbedürftigkeit der Koalitionsfreiheit bildet dabei den Ausgangspunkt der Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, welche an den Gesetzgeber gerichtet sind. Was diese Bereitstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen ausmacht und wie weit die Ausgestaltung geht, ist im Folgenden zu klären.

b. Einrichtungsgarantie als Ausgestaltungsorientierung

Grundrechtsdogmatisch steht die Figur der Einrichtungsgarantie im Zusammenhang eines erforderlichen Normenbestands als Voraussetzung für die Freiheitsverwirklichung der Individuen durch Kollektive.[330] Ob eine Einrichtungsgarantie der leistungsrechtlichen Dimension der kollektiven Koalitionsfreiheit inne ist und als Orientierungslinie für die Ausgestaltung der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien herangezogen werden kann, ist fraglich.

aa. Begriff und Funktion der Einrichtungsgarantie

Eine Einrichtungsgarantie im verfassungsrechtlichen Sinne ist ein verfassungsdogmatischer Begriff der und zur Verfassungssystematisierung.[331] Einrichtungsgarantien sind verfassungsrechtliche Fixierungen, die den Gesetzgeber verpflichten bestimmte Normkomplexe zur Bewahrung eines einrichtungstypischen Kernbereichs zu schaffen.[332] Sie stehen im Zusammenhang mit den objektivrechtlichen Grundrechtsgehalten bzw. sind Teil des objektivrechtlichen Grundrechtsgehalts des jeweiligen Grundrechts.[333]

Bereits in der Weimarer Staatslehre wurde über eine über den subjektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte hinausgehende Funktion der Grundrechte diskutiert.[334] Insbesondere spielte hierbei die vor allem auf *Carl Schmitt* zurückgehende Lehre von den Einrichtungsgarantien eine Rolle.[335] *C. Schmitt* vertrat zur Zeit der

---

[330] Weiterführend insbesondere *U. Mager*, Einrichtungsgarantien; *E. Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung; *G. Abel*, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes; *C. Mainzer*, Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie; *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 751 – S. 887; ältere Abhandlung von *F. Klein*, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien.

[331] *H.M. Heinig*, Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1014 (1014).

[332] *H.M. Heinig*, Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1014 (1015); vgl. auch *E. Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, S. 31f.; sowie *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Rn. 21, 25.

[333] *H.M. Heinig*, Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1014 (1014); *H. de Wall*, Der Staat 1999, 377 (377).

[334] *K. Stern*, in: in: Stern, StR III/1, § 69 S. 895; *E. Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, S. 13ff.; *C. Mainzer*, Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie, S. 45ff.

[335] *K. Stern*, in: in: Stern, StR III/1, § 68 S. 756; zu *C. Schmitts* Grundrechtslehre, siehe insbesondere *F. Klein*, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, S. 11ff.; *C. Mainzer*, Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie, S. 57ff.

Weimarer Republik die Ansicht, dass die Weimarer Reichsverfassung[336] verfassungsrechtliche Gewährleistungen enthalte, welche den Gesetzgeber materiell hinsichtlich eines historischen, erforderlichen Normbestands der Einrichtung in seiner Gesetzgebungskompetenz beschränkten[337] und somit dazu führe, dass der einfache Gesetzgeber an der Abschaffung bestimmter Einrichtungen gehindert werde[338]. Diese Konstruktion geht darauf zurück, dass die Weimarer Staatspraxis keine unmittelbare Rechtsbindung der Gesetzgebung an die Grundrechte anerkannte.[339] Durch die Kreation der Einrichtungsgarantien konnte der Gesetzgeber zumindest an ein Minimum des Normenbestands, den „das Wesen des Instituts prägenden Normenkomplex", gebunden werden.[340]

Bereits begrifflich ergibt sich eine Nähe der Einrichtungsgarantien zur institutionellen Grundrechtstheorie, da unter den Einrichtungsgarantien heute die sog. Institutsgarantien und die institutionellen Garantien verstanden werden. Da die institutionelle Grundrechtstheorie Freiheit als Institut(ion)[341] betrachtet, sind danach für die Verwirklichung der Grundrechte inhaltsbestimmende Normen erforderlich;[342] die Einrichtungsgarantie als Schutzfigur gegen Beeinträchtigungen in einen dem Grundrecht entsprechenden Mindestbestand an Normen ist insofern ein mit der institutionellen Grundrechtstheorie kongruentes Modell. Der entscheidende Unterschied zwischen der Lehre der Einrichtungsgarantie und der institutionellen Grundrechtstheorie liegt allerdings darin, dass die institutionelle Grundrechtstheorie Freiheit als Institut(ion) versteht und somit nicht nur die vorhandenen institutionellen Komplexe schützt, sondern neue rechtlich auszugestaltende Institutionen zu schaffen sind, um eine Freiheitsverwirklichung durch die Rechtsordnung zu gewährleisten.[343] Nach ihrer Lesart ist Freiheit vor allem durch die Rechtsordnung zu realisieren.

---

[336] Zu den Einrichtungsgarantien in der Weimarer Reichsverfassung siehe weiterführend *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Rn. 10ff.

[337] *H.M. Heinig*, Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1014 (1015).

[338] *C. Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54, S. 140 (169).

[339] Siehe hierzu Zweites Kapitel: A. II.

[340] Vgl. *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 116.

[341] Teilweise werden auch die unterschiedlichen Begriffe „Institut" und „Institution" unterschiedlich gebraucht: So ist unter einem Institut lediglich eine Rechtseinrichtung (Normenkomplex) zu verstehen und unter einer Institution eine Rechtseinrichtung, die auch in der Wirklichkeit funktioniert; siehe *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 785ff.

[342] *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Rn. 42.

[343] *D. Stammler*, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution, S. 221.

Die zwei Unterbegriffe[344] der Einrichtungsgarantie unterscheiden[345] sich durch die Natur ihrer Rechtsnormen: Einerseits die institutionelle Garantie, die eine „wesentlich öffentlich-rechtliche Gewährleistung[en] institutioneller Art“ [346] ist und „formierte und organisierte und daher umgrenzbare und unterscheidbare Einrichtungen öffentlich-rechtlichen Charakters“[347] voraussetzt und andererseits die „privatrechtlichen Institutsgarantien,“[348] welche „verfassungsrechtliche Gewährleistungen von Rechtsinstituten im Sinne von typischen traditionell feststehenden Normkomplexen und Rechtsbeziehungen“[349] sind.[350]

Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes sind zu verstehen als Garantien der vorgefundenen oder bestehenden Normenkomplexe, welche durch die Verfassung geschützt und gewährleistet werden sollen.[351] Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes sind somit zwar konservatorisch,[352] jedoch nicht starr und garantieren nicht lediglich den Status-quo,[353] sondern sie sichern den Grundbestand der Normen, die für die wesentlichen Grundstrukturen des jeweiligen Grundrechts nötig sind[354]. Der Schutz der Einrichtungsgarantie richtet sich auf

[344] Ursprünglich wurde von *C. Schmitt* auch noch eine Status-quo-Garantie entwickelt, welche zu den beiden anderen Spielarten der Einrichtungsgarantie abgegrenzt wurde. Allerdings ist der Anwendungsbereich dieser Garantie sehr begrenzt, siehe *C. Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54, S. 140 (155): „Daneben gibt es aber noch reine Status-quo-Garantien, die im Hinblick auf einen bestimmten Stichtag, etwa den Tag des Inkrafttretens der Reichsverfassung, eine bestimmte Sach- oder Rechtslage festlegen wollen. Beispiele einer reinen Status-quo-Garantie finden sich hauptsächlich in Übergangsbestimmungen, wo sie den Charakter von Sperrgesetzen haben.“

[345] Weitestgehend wird die von *C. Schmitt* vorgenommen Unterscheidung zwischen institutioneller Garantie und Institutsgarantie nach dem Rechtscharakter der Einrichtung auch heute noch vorgenommen, siehe beispielsweise bei *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68, S. 776; *H.M. Heinig*, Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1014 (1014).

[346] *C. Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54, S. 140 (143).

[347] *C. Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54, S. 140 (149).

[348] *C. Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54, S. 140 (143).

[349] *C. Schmitt*, in: G. Anschütz/R. Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts II, S. 596.

[350] *K. Stern*, in: in: Stern, StR III/1, § 68 S. 756; *E. Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, S. 33ff.

[351] *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Rn. 25; *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1Rn. 30; *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 234ff.; vgl. auch *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 791ff.; nach *P. Häberle* hat jedes Grundrecht eine institutionelle Seite, siehe *P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 70ff., 96ff.; dahingegen beschränkt *G. Abel* die Einrichtungsgarantie auf vorgefundene Normenbestände, siehe *G. Abel*, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, S. 56ff.

[352]*K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 790; *H.M. Heinig*, Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1014 (1015).

[353] *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Rn. 31.

[354] *U. Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 91f., 96ff.

einen der Einrichtung entsprechenden Normenbestand und dessen Abwehr vor staatlicher Beeinträchtigung[355] als qualifiziertes Schutzinstrument[356].

Bereits in der Weimarer Staatslehre wurden die Einrichtungsgarantien nicht als Instrument zur Verdrängung der subjektiven Freiheitsrechte verstanden, sondern vielmehr stand „das Komplementäre" im Vordergrund.[357] Auch heute noch können die Einrichtungsgarantien unter bestimmten Voraussetzungen Grundlage subjektiver Rechte sein.[358] Die Einrichtungsgarantie als objektives Verfassungsrecht enthält insofern ein subjektives Recht auf die Existenz der Einrichtung und der erforderlichen Wesensmerkmale.[359]

Die im Grundgesetz verankerten Einrichtungsgarantien sind allerdings nicht als Garantien eines status quo der das Wesen des Grundrechts ausgestaltenden Normen zu verstehen, sondern vielmehr als Schutz jener Normen, die der Rechtsfigur – im vorliegenden Fall der Tarifautonomie bzw. eines funktionsfähigen Tarifsystems – das Gepräge geben.[360] Diese historisch überkommenen oder bestehenden Normen, welche dem Wesen der Tarifautonomie ihr Gepräge geben, welche Grundlage und Richtschnur ihrer Gewährleistung sind, binden gleichzeitig den ausgestaltenden Gesetzgeber.[361]

bb. Institutionelle Gewährleistungsgehalte der Koalitionsfreiheit

Fraglich ist nun, ob der Koalitionsfreiheit eine Einrichtungsgarantie zu entnehmen ist und bejahendenfalls, was dies für die Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien bedeutet.

Im Gegensatz zu einer Vielzahl anderer Grundrechte,[362] bei denen eine Institutsgarantie weitgehend angenommen wird, ist bei der Koalitionsfreiheit umstritten,[363] ob sie eine Institutsgarantie enthält. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Gewährleistung eines funktionsfähigen Tarifsystems kommt lediglich die Insti-

---

[355] Vgl. *C. Mainzer*, Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie, S. 147f., am Beispiel von Art. 14 I GG und Art. 6 I GG.

[356] *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 762.

[357] *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 793.

[358] *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 856ff.; 873ff.; *H. de Wall*, Der Staat 1999, 377 (384ff.); *H.M. Heinig*, Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1014 (1016); *F. Maschmann,* Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 11 m. w. N.

[359] *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 417.

[360] *P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, S. 169; *E. Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, S. 41ff.; *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 117 m. w. N.; vgl. auch BVerfGE 24, 367 (389).

[361] *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 96f.; *F.J. Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 71ff.

[362] Klassische Beispiele für Institutsgarantien innerhalb der Grundrechte sind das Eigentum und Erbrecht in Art. 14 I GG, die Institute von Ehe und Familie in Art. 6 I GG, die staatliche Schulpflicht in Art. 7 I GG u. w.; siehe hierzu beispielsweise *H. de Wall*, Der Staat 1999, 377 (381ff.).

[363] Siehe zum Streit, ob der Koalitionsfreiheit eine Einrichtungsgarantie inne ist, weiterführend insbesondere *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 60ff.

tutsgarantie in Betracht,[364] da das erforderliche Normengerüst privat-rechtlicher Natur sein müsste. Voraussetzung für die Annahme einer Institutsgarantie ist zum einen, dass das Objekt einer Institutsgarantie ein normativer Tatbestand, eine Rechtseinrichtung, ist[365] und zum anderen, dass diese Einrichtung im Recht in ihren wesentlichen Zügen vorgefunden wird[366].

Verfechter[367] und Gegner[368] der Einrichtungsgarantie diskutieren die Frage des institutionellen Gehalts bzw. der institutionellen Gehalte der Koalitionsfreiheit dabei in unterschiedlichen Ausprägungen: Die meisten Befürworter vertreten die Auffassung, dass Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG die Tarifautonomie als Institutsgarantie schütze.[369] *M. Kloepfer* dahingegen ist der Auffassung, dass der Tarifvertrag als Rechtsinstitut geschützt sei.[370] Andere wiederum sehen die Koalitionen selbst als „institutionell" geschützt an.[371] Andere betrachten das Tarifvertragssystem als gleichartig geschützt wie eine Einrichtungsgarantie.[372]

---

364 So auch *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 116 (Fn. 98).

365 *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 785.

366 *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 788.

367 Die Institutsgarantie der Tarifautonomie befürwortend: *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 65ff.; *P. Badura*, RdA 1974, 129 (131); *A. Engels*, JZ, 2008, 490 (494); *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker § 1 Rn. 24, allerdings nicht mehr ganz so stark in nachfolgender Auflage *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 34ff.; *R. Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, S. 141 (142); *J. Isensee*, Die verfassungsrechtliche Verankerung der Tarifautonomie, in: Die Zukunft der sozialen Partnerschaft, S. 159 (167); *E. Schmidt-Jortzig* befürwortet allgemein Einrichtungsgarantien als „besondere Ordnungsentscheidungen" *E. Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, S. 62; ähnlich *H.M. Heinig*, Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1014 (1017); vgl. auch *M: Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 30.

368 Gegen Einrichtungsgarantien als solche: *F. Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 11; *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (304); *K. Waechter*, Die Verwaltung 1996, 47 (62); *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 108 jedenfalls gegen die Einrichtungsgarantien bei Grundrechten; Gegen eine institutionelle Deutung von Art. 9 Abs. 3 GG: *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 102; *B. Pieroth*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, S. 293 (304); *H. de Wall*, Der Staat 1999, 377 (383); *W. Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 9 Rn. 73; *R. Scholz*, in: HStR VIII, § 175 Rn. 87ff.; *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 173, 299; ebenfalls gegen die Annahme, dass die Koalitionsfreiheit eine Einrichtungsgarantie enthalte *G. Abel.* Allerdings ist *G. Abel* der Auffassung, dass Art. 9 Abs. 3 GG zwar keine Einrichtungsgarantie enthalte, sondern „eher eine Art von Grundsatznorm oder Wertentscheidung zugunsten eines Tarifvertragssystems bestimmter Art", siehe *G. Abel*, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, S. 82; ähnlich *K. Stern*, in: in: Stern, StR III/1, § 68 S. 852 sowie *U. Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 246.

369 *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 65ff. m. w. N.; *P. Badura*, RdA 1974, 129 (131).

370 *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Einrichtungsgarantien Rn. 92 m. w. N.

371 *F.-J. Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 33ff., 37; *E.-R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 381f.

372 *K. Stern*, in: Stern, StR III/1, § 68 S. 852 m. w. N.: „Nach alledem dürfte es sich in den zuletzt genannten Fällen [Tarifvertragssystem und Arbeitskampfsystem] nur um objektiv-rechtliche Gehalte

cc. Bestimmungen der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien als Teil einer Einrichtungsgarantie

Die Annahme einer Institutsgarantie innerhalb der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG hätte zur Folge, dass der Gesetzgeber gehindert wäre, einen bestimmten Normenkomplex, der zum Kern der Einrichtung gehört, zu ändern. Fraglich ist, was die Figur der Einrichtungsgarantie für die Frage der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien austrägt. Bedeutung könnte eine solche Einrichtungsgarantie nur dann erlangen, wenn aus dem gesetzesänderungsfesten Einrichtungsbestand eine bestimmte Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien zu entnehmen wäre.

Die Verfassungsnormenlage ist heute eine gänzlich andere als zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung.[373] Aufgrund der Bindung der Staatsgewalten an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) und der bestandsschützenden Funktion der Grundrechtsgehalte durch die Wesensgehaltsgarantie[374] in Art. 19 Abs. 2 GG stehen die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes zunehmend unter Rechtfertigungsdruck[375] bzw. Korrekturdruck[376]. Die Figur der Einrichtungsgarantie erscheint somit zunehmend entbehrlich und ihre Anwendung fragwürdig.

In jüngerer Zeit hat *M. Kemper*[377] die Einrichtungsgarantie eingehend untersucht. Er stellt ihre Bedeutung (konkret bezogen auf die Institutsgarantie der Tarifautonomie) vor allem aufgrund ihrer Verknüpfung mit der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers dar, die durch die Einrichtungsgarantie erst begründet werde.[378] Diese Modifikation und Verknüpfung der Einrichtungsgarantie mit der Begründung der Ausgestaltung der für die Freiheitsverwirklichung erforderlichen Normenkomplexe[379] ist zwar äußerst fortschrittlich und interpretiert Einrichtungsgarantien neu. Doch muss diesem Konzept entgegengesetzt werden, dass eine bestimmte Ausgestaltung durch den Gesetzgeber hinischtlich des änderungs-

---

oder gar um Ausprägungen des in Art. 9 Abs. 3 GG verbürgten Freiheitsrechts handeln, denen ein Schutz zukommt, der dem der Einrichtungsgarantie lediglich gleichartig ist."

[373] *E. Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, S. 59ff.

[374] *E. Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, S. 59ff.; siehe hierzu auch *B. Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 80ff.

[375] Siehe beispielsweise eingehend bei *C. Mainzer*, Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie, S. 182ff.; Gegen die Figur der Einrichtungsgarantie *C. Mainzer*, Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie, S. 235ff., 129ff., 182ff.; *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 108; *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (S. 304); für das Fortbestehen der verfassungsdogmatischen Figur der Einrichtungsgarantie *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 30; *H.M. Heinig*, Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie, in: Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1014 (1017); *M. Kloepfer*, in: Handbuch der Grundrechte II, § 43 Rn. 36ff.

[376] *U. Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 428ff., 435ff.

[377] *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG).

[378] *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 82ff.; *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 118 m. w. N.

[379] *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), S. 82ff.; *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 118 m. w. N.

festen Kerns von Normkomplexen schwer ableitbar ist.[380] Stoßrichtung der Einrichtungsgarantien ist der besondere Schutz vor staatlichen Eingriffen. Die Frage der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien ist aber gerade keine Fragestellung der Abwehr staatlicher Eingriffe. Vielmehr geht es um die Frage, welche Vorgaben der Verfassungsgeber für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien in Ausübung ihrer Tarifautonomie gemacht hat. Betroffen ist also die Bereitstellung des rechtlichen Rahmens zur Freiheitsverwirklichung.

Die Institutsgarantie der Tarifautonomie wäre lediglich ein Schutzinstrument bei Vorliegen eines Eingriffs in das Grundrecht, nicht jedoch eine verfassungsdogmatische Figur, aus der sich etwas für das intendierte Verhalten der Tarifvertragsparteien zueinander ableiten ließe.

Die Ausgestaltung eines Tarifvertragssystems und die Ausgestaltung der Zusammenarbeit der Kollektivverbände kann nicht anhand der Beschränkung des Gesetzgebers ermittelt werden.[381] Durch die Figur der Einrichtungsgarantie wird keinerlei inhaltliche Konkretisierung bezüglich der Ausgestaltung der Zusammenarbeit der Kollektivverbände erkennbar.

Zwar könnte wohl anhand einer Institutsgarantie der Tarifautonomie der änderungsfeste Kernbereich bestimmt werden, doch selbst die Ermittlung dieses Kernbereichs wäre anhand der Institutsgarantie aufgrund der diesem Begriff anhaftenden Unschärfe[382] äußerst zweifelhaft. Der änderungsfeste Kern des Wesens der Tarifautonomie würde nach dem Grundgesetz bereits durch die Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG geschützt werden. Es überrascht nicht, dass die Einrichtungsgarantie als grundrechtsdogmatische Figur auch im Hinblick auf die Etablierung der Schutzpflichtenlehre abgelehnt wird.[383]

Letztlich kann dahinstehen, ob Art. 9 Abs. 3 GG eine Institutsgarantie bezüglich der Tarifautonomie zu entnehmen ist, da die Bejahung einer Institutsgarantie der Tarifautonomie für ihre Auslegung[384] bzw. für die Herleitung von Determinanten für die Zusammenarbeit der Kollektivverbände nichts austragen würde.

c. Staatliche Schutzpflicht als Richtschnur für Ausgestaltungspflicht

Der leistungsrechtliche Gehalt der kollektiven Koalitionsfreiheit, die Gewährleistung der Errichtung eines rechtlichen Rahmens für die Freiheitsverwirklichung der Koalitionen, wird von einigen Stimmen in der Wissenschaft „als eine Spielart einer

---

[380] *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (S. 304).

[381] Vgl. *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 118 m. w. N.

[382] Problematisch sei die Unschärfe des Begriffs der Institutsgarantie selbst zu Zeiten der Weimarer Reichsverfassung. *C. Mainzer*, Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie, S. 46 m. w. N.

[383] *K. Waechter*, Die Verwaltung 1996, 47 (54ff.); *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (S. 304f.).

[384] *C. Mainzer*, Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie, S. 149 m. w. N.

grundrechtlichen Schutzpflicht" verstanden.[385] Eine so verstandene Pflicht des Gesetzgebers zur rechtlichen Ausgestaltung[386] könnte sich nach der Schutzpflicht des Staates richten, den erforderlichen Bestand an Normen für die Koalitionen zur Ausübung ihrer Tarifautonomie bereitzustellen.

aa. Begriff und Funktion der staatlichen Schutzpflicht

Im Zusammenhang mit der freiheitsfördernden Wirkrichtung der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte[387] kommt der staatlichen Schutzpflicht mittlerweile die stärkste Bedeutung innerhalb der verschiedenen objektivrechtlichen Gewährleistungsgehalte der Grundrechte zu.[388] Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten wurde ursprünglich für Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG entwickelt, ist aber nicht darauf beschränkt, sondern gilt für alle Freiheitsrechte.[389]

Funktion staatlicher Schutzpflichten ist es, den einzelnen Grundrechtsträger vor Übergriffen Privater in die eigene Grundrechtssphäre zu bewahren.[390] Die Schutzpflichten ergänzen somit den klassischen abwehrrechtlichen Schutz, welcher sich gegen staatliche Beeinträchtigungen richtet.[391]

Das Beziehungsgeflecht, für das die Schutzpflichten konzipiert wurden, ist somit ein trigonales; bestehend aus einem grundrechtsgefährdenden Akteur, einem in seinen Grundrechten gefährdeten Akteur sowie dem Staat, welcher diese Spannung zu lösen hat.[392] Der Staat ist im Falle eines Schutzpflichtengebots dazu verpflichtet, sich „schützend und fördernd"[393] vor die Grundrechtsberechtigten zu stellen.[394] Aus der staatlichen Schutzpflicht ergibt sich für den Staat im Gegensatz zur abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte kein Unterlassungsanspruch des Grundrechtsberechtigten gegenüber dem Hoheitsträger, sondern eine

[385] *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (304f.); noch in *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker, § 1 Rn. 23, jetzt anders in *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 37, 41: nicht Schutzpflicht, sondern Verfassungsgarantie nach *R. Schwarze*, RdA 2010, 115 (116).

[386] *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (304f.).

[387] Dahingegen sind bestimmte Autoren der Auffassung, dass die Schutzpflichten im subjektivrechtlichen Gewährleistungsbereich der Grundrechte anzusiedeln sind, beispielsweise *J. Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, S. 211ff.

[388] *H.H. Klein*, DVBl. 1994, 489 (491ff.); *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 102; vgl. auch *E.-W. Böckenförde*, Der Staat 1990, 1 (12).

[389] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 104; *A. Pietrzak*, JuS 1994, 748 (748).

[390] *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 37; *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 101.

[391] *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 124.

[392] *A. Pietrzak*, JuS 1994, 748 (748).

[393] Statt vieler BVerfGE 53, 30 (57): „Vielmehr folgt darüber hinaus aus seinem objektivrechtlichen Gehalt die Pflicht der staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor die darin genannten Rechtsgüter zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren."

[394] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 101.

Handlungspflicht des Staates.[395] Es besteht eine staatliche Handlungspflicht zur Abwehr eines Tuns durch einen Privaten.[396] Durch die grundrechtlichen Schutzpflichten wird den Schutzgegenständen der Grundrechte jenseits der abwehrrechtlichen Dimension Geltungskraft verschafft.[397]

Der Gesetzgeber hat bei der Erfüllung seiner grundrechtlichen Schutzpflichten laut Bundesverfassungsgericht einen „weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich".[398] Weitestgehend sind Schutzpflichten mittlerweile „gesetzesmediatisiert".[399] Es ist zwar das „Ob" einer Regelung grundrechtlich geboten, hinsichtlich der Art und Weise dieser Regelung aber ist dem Gesetzgeber ein weitgehender Beurteilungsspielraum überlassen.[400] Schutzpflichtverletzungen sind damit nur gegeben, wenn die öffentliche Gewalt gar keine oder gänzlich ungeeignete Maßnahmen zur Erreichung des Schutzziels getroffen hat.[401]

bb. Bestimmung der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien anhand der Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers nach Schutzpflichtgebot?

Fraglich ist, ob sich für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien aus der Schutzpflichtenlehre eine bestimmte, das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander koordinierende Ausgestaltung für das Koalitionssystem ergibt.
Die Ausgestaltung zielt, nach ihrem unstreitigen Definitionsteil,[402] darauf ab, die Grundrechtsverwirklichung überhaupt erst zu ermöglichen, wobei die staatliche Schutzpflicht in der Idee eines umfassenden Grundrechtsschutzes gründet, d.h. im Schutz eines Grundrechtsträgers vor Eingriffen durch Private.[403] Diese unterschiedlichen Wirkungskreise sprechen zunächst einmal für ein verfassungsdogmatisches Nebeneinander der beiden Begriffe. Denn Anliegen der Ausgestaltung ist die Grundrechtsentfaltung, wohingegen die Schutzpflicht auf den Schutz vor Grundrechtsverkürzungen durch Private gerichtet ist.

Zudem erfolgt die Ausgestaltung innerhalb der bipolaren Beziehung zwischen Staat bzw. in der Regel Gesetzgeber und Grundrechtsträger; die Schutzpflichtenkonstellation ist demgegenüber stets ein tripolares Beziehungsgeflecht aus Grundrechtsträger, Staat und Privatem.[404] Nur unter Zugrundelegung der erweiterten

---

[395] *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 101f.

[396] *A. Pietrzak*, JuS 1994, 748 (748).

[397] *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 177ff.; *W. Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 228ff.; *P. Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten; *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 51ff.; *A. Pietrzak*, JuS 1994, 748ff.; *F. Kopp*, NJW 1994, 1753ff.; *M. Sachs*, in: Sachs, GG, Vor Art. 1 Rn. 35ff. m. w. N.

[398] BVerfGE 77, 170 (214f.); 79, 174 (202); 85, 191 (212); 115, 118 (159f.).

[399] *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 44; vgl. auch *H. Dreier*, in: Dreier, GG I, Vorb. Rn. 102.

[400] *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 180ff.

[401] BVerfGE 56, 54 (80ff.); 79, 174 (202); 92, 26 (46).

[402] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. II. 1. c. ad.

[403] *P. Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 23.

[404] *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 124.

Definition der Ausgestaltung, kann sich staatliche Ausgestaltung auch auf ein tripolares Beziehungsgefüge beziehen, nämlich auf rechtliche Regelungen, welche das Verhältnis der gegnerischen Koalitionen zueinander während ihrer Zusammenarbeit bei Ausübung ihrer Tarifautonomie betreffen. Dieser erweiterte Ausgestaltungsbegriff[405] ist jedoch zu vermeiden, da ansonsten die notwendige und klare Trennung zwischen Ausgestaltung und Eingriff verdunkelt wird.

Gegen die Annahme einer Schutzpflicht ob der erforderlichen Ausgestaltung für das Koalitions- und Tarifverfahren spricht aber vor allem, dass bezüglich des zu schaffenden Normenkomplexes der Begriff der Schutzpflicht deshalb nicht passt, weil die Kreation der Normkomplexe zur Freiheitsverwirklichung der Koalitionsfreiheit nicht dem Schutz vor Übergriffen von Privaten dienen soll.[406] Vielmehr soll durch den zu schaffenden Normbestand ein kollektives System als solches statuiert werden, um den Grundrechtsberechtigten die Möglichkeit bereitzustellen mittels Kollektivvereinbarungen sozial angemessene Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen schaffen zu können. Ausgestaltung und Schutzpflichtenlehre sind daher nicht zu kumulieren, sondern parallel zueinander anzuwenden,[407] weil sie zwar beide staatliches Handeln ausdrücken, aber unterschiedliche Gegenstände haben.

Der Aspekt der staatlichen Schutzpflichten kann daher für die Ausrichtung der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien keine Orientierung bieten, da er den Kern der Ausgestaltungsbedürftigkeit der Tarifautonomie nicht erfasst.

d. Ausgestaltungspflicht als unerlässlicher Normenbestand oder als Infrastruktur?

Weder die Einrichtungsgarantien noch die staatlichen Schutzpflichten konnten für die Ausrichtung der Ausgestaltung eines Koalitions- bzw. Tarifsystems herangezogen werden. Nach dem erfolglosen Versuch, diese allgemeinen Instrumente der Verfassungsdogmatik zur Orientierung eines verfassungsrechtlichen Maßstabes für die Ausgestaltung heranzuziehen, erscheint es geboten, zu untersuchen, ob sich aus der Beschaffenheit der kollektiven Koalitionsfreiheit selbst Richtlinien für die Ausgestaltung ableiten lassen.

aa. Tarifautonomie als Mindest- oder Verfahrensgarantie

Die Ausgestaltungsbedürftigkeit der Koalitionsfreiheit könnte als Verkörperung einer „Grundrechtsgewährleistung mit einer kompetentiellen Bewirkungsdimension“ gedeutet werden.[408] Es wird vertreten, dass die für die abwehrrechtliche Di-

---

[405] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. II. 1. c. ad.

[406] *F. Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 132ff.; *R. Schwarze*, RdA 2010, 115 (117).

[407] *F. Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 134.

[408] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 76ff.; *W. Höfling*, Grundelemente einer Bereichsdogmatik der Koalitionsfreiheit, in: Staat, Wirtschaft, Steuern: Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65.

mension der Koalitionsfreiheit aufgegebene Kernbereichslehre (bzw. die dazugehörigen Abwägungs- und Unerlässlichlichkeitsformeln)[409] in der objektivrechtlichen Dimension der Koalitionsfreiheit weitergelte,[410] im Sinne einer Bereitstellung eines Minimums an Koalitionswesen und Tarifvertragssystem, um Tarifautonomie zu ermöglichen.

Zur Ausübung der Koalitionsfreiheit bedürfe es eines unerlässlichen Bestandes an Normen, die gewährleisteten, dass eine unter den vorliegenden sozio-ökonomischen Bedingungen selbstbestimmte und wirksame Erfüllung des in der Verfassung verankerten Koalitionszwecks möglich sei.[411]

Dadurch, dass die Tarifautonomie eine Quelle der Rechtsgestaltung sei und Tarifverträge als Ergebnisse der Tarifautonomie Normwirkung für die Tarifgebundenen entfalteten, müsse der Gesetzgeber die zur Ausübung der Tarifautonomie erforderlichen Regelungen erlassen, um die Tarifkompetenz als Freiheitsrechtsausübung der Grundrechtssubjekte zu ermöglichen.[412]

Ein subjektives Recht auf Schaffung entsprechender Regelungen sei allerdings nur insofern gegeben, als dass diese Bestimmungen unerlässlich für die Realisierung des Freiheitsrechts seien. Bezüglich dieses „auxiliären leistungsrechtlichen Gehalts“[413] der Koalitionsfreiheit gelte die alte Kernbereichslehre[414] des Bundesverfassungsgerichts weiterhin.[415] Somit habe der Gesetzgeber hinsichtlich der

Geburtstag, S. 377 (387ff.); ähnlich *A. Engels*, RdA 2008, 331 (334). *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 26): „In der Sache macht sie [die Kernbereichslehre] freilich gerade für eine Einrichtung wie die Tarifautonomie immer noch ihren guten Sinn, weil diese zunächst der Bereitstellung eines gesetzlichen Rahmens bedarf, um allererst wirksam zu werden: Der Gesetzgeber muss sagen und festlegen, was im Tarifvertrag auf welche Weise und mit welcher Wirkung geregelt und wie es gegebenenfalls durchgesetzt werden kann, damit die Beteiligten von den Möglichkeiten des Grundrechts überhaupt sinnvoll Gebrauch machen können.“

[409] BVerfGE 19, 303 (322); 57, 220 (246).

[410] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 77, 86 m. w. N.; *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 573); *K.-H. Ladeur*, AöR 2006, 643 (645); *A. Engels*, JZ, 2008, 490 (494); *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 26); ähnlich *M. Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 9 GG, Rn. 141; ebenso auch noch *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker, § 1 Rn. 24, aber nicht mehr *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 41;vgl. auch BVerfGE 50, 290 (368); 93, 352 (352, Ls) „Der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG beschränkt sich nicht auf diejenigen Tätigkeiten, die für die Erhaltung und die Sicherung des Bestandes der Koalition unerläßlich sind; er umfaßt alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen. Dazu gehört die Mitgliederwerbung durch die Koalition und ihre Mitglieder.“

[411] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 77 m. w. N.

[412] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 76; vgl. BVerfGE 92, 26 (41); 92, 365 (394).

[413] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 77.

[414] Siehe hierzu auch Drittes Kapitel: B. II. 1. b.

[415] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 77, 86 m. w. N.; *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 573); *K.-H. Ladeur*, AöR 2006, 643 (645); *A. Engels*, JZ, 2008, 490 (494); *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik

Tarifautonomie – aufgrund der für die objektivrechtliche Dimension von Art. 9 Abs. 3 GG weiterhin geltenden Kernbereichslehre – das zur Funktionserfüllung Unerlässliche zu leisten.[416]

Die Ansicht, welche für eine eingeschränkte Fortgeltung der Kernbereichslehre einsteht und daraus folgert, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Tarifautonomie nur das zur Funktionserfüllung Unerlässliche zu leisten habe, versucht den grundlegenden Konflikt des Gesetzgebers zwischen Anerkennung des Autonomiebereichs und Förderung der Freiheitsverwirklichung hinsichtlich der Tarifautonomie aufzunehmen.[417] Der Vorteil der Deutung einer leistungsrechtlichen Mindestgarantie liegt in der mit den allgemeinen grundrechtsdogmatischen Vorgaben widerspruchsfreien Lösung.[418]

Andere wiederum sehen die Ausgestaltungspflicht als eigenständige objektive Grundrechtskomponente der Koalitionsfreiheit an.[419] Ein erkennbarer Unterschied zwischen der Einordnung der Ausgestaltungspflicht als leistungsrechtlicher Gewährleistungsgehalt mit kompetentieller Bewirkungsdimension einerseits oder als eigenständiger Teil der objektivrechtlichen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit[420] andererseits besteht aber nicht. Beide Einordnungen führen zu dem Ergebnis, dass ein Mindestnormbestand als rechtlicher Rahmen für die Freiheitsverwirklichung bereitzustellen ist.

Entscheidend gegen beide Konstruktionen eines Rechts auf einen Mindestbestand an einem einfachgesetzlichen Normengerüst zur Freiheitsverwirklichung der Tarifautonomie spricht, dass Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG eine gebundene Freiheit[421] gewährleistet. Die gebundene Freiheit der angemessenen Regelung der Arbeits-

---

Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, S. 1 (S. 26); ähnlich *M. Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 9 Abs. 3 GG, Rn. 141; ebenso auch noch *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker, § 1 Rn. 24, aber nicht mehr *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 41.

[416] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 86, 76ff.

[417] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker, § 1 Rn. 24; *W. Höfling*, in Sachs, GG, Art. 9 Rn. 77 m. w. N.; sowie K.-*H. Ladeur*, AöR 2006, 643 (645); vgl. auch BVerfGE 93, 352 (352, Ls): „Der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG beschränkt sich nicht auf diejenigen Tätigkeiten, die für die Erhaltung und die Sicherung des Bestandes der Koalition unerläßlich sind; er umfaßt alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen. Dazu gehört die Mitgliederwerbung durch die Koalition und ihre Mitglieder."

[418] *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 76; a. A.: *M. Cornils*, in: Epping/Hillgruber, Beck OK-GG, Art. 9 Rn. 62.1, der aufgrund des freiheitsrechtlichen Charakters der Tarifautonomie, für das „grundrechtliche Recht auf staatliche Anerkennung einer jeden in freier Auseinandersetzung gefundenen tarifvertraglichen Vereinbarung im Rahmen des Koalitionszwecks des Art. 9 Abs. 3 GG" plädiert.

[419] *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 125ff. m. w. N.

[420] Zum Teil wird der Koalitionszweck herangezogen, um das Kriterium der Erforderlichkeit für eine möglichst effektive Freiheitsverwirklichung einzuführen. Dabei wird aber auch die Ausgestaltung ebenso auf einen Mindestschutz einfachrechtlicher Untermauerung anhand der besonderen Aufgabe des Gesetzgebers hinsichtlich Art. 9 Abs. 3 GG, sowohl die Autonomie der Koalitionen zu beachten und gleichzeitig Freiheitsverwirklichung zu fördern und zu schützen beschränkt, *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung, S. 127f. m. w. N.

[421] Siehe hierzu auch Drittes Kapitel: A. II. 7. b.

und Wirtschaftsbedingungen kann nicht durch einen Mindestbestand an Normen zur Realisierung des Freiheitsrechts verwirklicht werden, denn die gebundene Freiheit setzt mehr als nur Realisierung voraus. Vielmehr bedarf es eines Normenkonstrukts, welches die Instrumente zu Freiheitsverwirklichung bereitstellt und zugleich die Freiheit der Arbeitgeberverbände und die Freiheit der Gewerkschaften ausbalanciert.

Zudem wird es dem in Art. 9 Abs. 3 GG statuierten kollektiven Ausgleichssystem und seinem systemischen Charakter nicht gerecht, wenn nur Mindestbestände an Normen garantiert werden, ohne dem Umstand Rechnung zu tragen, dass mithilfe des Freiheitsrechts der Koalitionsfreiheit Gerechtigkeit durch Verfahren verwirklicht wird.

Es erscheint doch sehr fraglich, dass dieser Grundrechtsschutz mithilfe eines Mindestnormbestandes zu realisieren ist. Somit ist die Ausgestaltung der Tarifautonomie anhand einer Mindestgarantie aus Art. 9 Abs. 3 GG aufgrund des entgegenstehenden Telos abzulehnen.

bb. Ausgestaltung der rechtlichen Infrastruktur des Koalitionssystems als Verfahrensgarantie

Es überzeugt nicht, einerseits dem leistungsrechtlichen Gehalt der Koalitionsfreiheit nur eine Verpflichtung zur Bereitstellung eines Mindestbestandes an einem rechtlichen Gerüst zur Freiheitsverwirklichung der Tarifautonomie zu entnehmen, und andererseits die gebundene Freiheit der angemessenen Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen stark zu machen. Das einfachgesetzliche Normengerüst zur Freiheitsverwirklichung der Koalitionsfreiheit muss sich an dem in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG normierten Bestimmungsziel und somit an der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ausrichten.[422] Daher ist dem leistungsrechtlichen Gehalt der Koalitionsfreiheit zu entnehmen, dass ein einfachgesetzliches Regelwerk die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in einer ihrem Zweck angemessenen Weise garantiert ist.[423] Aus Art. 9 Abs. 3 GG ergibt somit sich eine Verfahrensgarantie auf Schaffung der Verfahrensregelungen, welche die kollektive Koalitionsfreiheit erst effektiv werden lassen.[424] Diese Verfahrensgarantie wird zuweilen unter Rückgriff auf die Prinzipientheorie von *R. Alexy* begründet,[425] ist aber nicht notwendig.[426]

[422] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 41.

[423] *M. Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 432ff.; *M. Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, S. 350ff.

[424] *R. Schwarze*, RdA 2010, 115 (116).

[425] In diese Richtung *R. Schwarze*, RdA 2010, 115 (116).

[426] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 41.

Zu einem ähnlichen Ergebnis – allerdings mit anderer Begründung – kommen *R. Wank* [427]und *T. Dieterich*[428]: *R. Wank* entwickelt aus einer Institutsgarantie aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur die Vorgabe, „dass Gesetzgeber und Rechtsprechung überhaupt ein Tarifvertragssystem entwickeln, sondern auch dass dieses System in sich stimmig ist […].“[429] *T. Dieterich* entnimmt Art. 9 Abs. 3 GG einen „umfassenden Regelungsauftrag“ und eine „Ausgestaltungspflicht“, welche einer „Verfahrensgarantie“ stark ähnelt.[430] Ausgestaltung sei mehr als die Sicherung des absoluten Schutzminimums und suche nicht die verfassungsrechtlich allein zulässige Lösung. [431]

Die Annahme einer Verfahrensgarantie auf Bereitstellung des Normengerüsts, welches für die angemessene Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erforderlich ist, erscheint speziell für die Koalitionsfreiheit überzeugend. Die Konstruktion weist ein hohes Maß an Plausibilität für die Tarifautonomie und das Koalitionssystem auf, da sie die Tarifautonomie und ihre Zweigliedrigkeit aus der Garantie eines funktionsfähigen Tarifsystems und dem Autonomiebereich der Koalitionen erfasst.

e. Zwischenergebnis

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien kann festgehalten werden, dass Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG eine Verfahrensgarantie zu entnehmen ist. Sie zielt auf Bereitstellung derjenigen Bestimmungen, die für ein funktionsfähiges Koalitions- und Tarifsystem erforderlich sind, um den Koalitionszweck zu erfüllen. Der Staat hat die Freiheitsverwirklichung der Koalitionsfreiheit zu ermöglichen, zu fördern und zu schützen.
Die Ausgestaltungsbedürftigkeit[432] der Tarifautonomie verdichtet sich somit stets dann zu einer Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers, wenn bestimmte Rechtseinrichtungen erforderlich sind, um die grundrechtlich gewährleistete Freiheit zu ermöglichen, bzw. wenn ansonsten die Koalitionen ihren Koalitionszweck nicht sinnvoll erfüllen können.

Von einer staatlichen Pflicht zur Ausgestaltung[433] kann dann gesprochen werden, wenn bestimmte (legislative) Grundrechtsvoraussetzungen des einfachen Rechts erforderlich sind, um die Funktionsfähigkeit der Koalitionsfreiheit und

---

[427] *R. Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, S. 141 (S. 143).
[428] *T. Dieterich*, RdA 2007, 110 (112).
[429] *R. Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, S. 141 (S. 143).
[430] *T. Dieterich*, RdA 2007, 110 (112).
[431] *T. Dieterich*, RdA 2007, 110 (113).
[432] Weiterführend insbesondere *F. Maschmann*, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgeber, S. 18ff.
[433] *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 91; ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 86; *K.H. Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, S. 104f.; *J. Isensee*, Die verfassungsrechtliche Verankerung der Tarifautonomie, in: Die Zukunft der sozialen Partnerschaft, S. 159ff.

insbesondere die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie tatsächlich zu gewährleisten. Eine Pflicht des Gesetzgebers (und subdidiär der Rechtsprechung) zur Ausgestaltung des Verhältnisses der Kollektivverbände bei Ausübung ihrer Tarifkompetenz ist gegeben, wenn diese koordinierenden Regelungen für die Wahrnehmung der Tarifautonomie als Freiheit zur Hervorbringung sozial angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, erforderlich sind, um dem verfassungsrechtlich zugesicherten Freiheitssystem der Tarifautonomie gerecht zu werden.

Die Verletzung eines subjektiven Rechts auf Ausgestaltung liegt vor, sofern die rechtliche Ausgestaltung der Tarifautonomie hinter dem verfassungsrechtlich gebotenen und gewährleisteten Normenbestand zurückbleibt.

Ein Schutzbedarf an Bestimmungen für die Koordinierung der Zusammenarbeit der Kollektivverbände besteht, sofern hierdurch die Freiheitsverwirklichung des Einzelnen durch die Koalitionen bedingt wird. Wie genau die Ausgestaltung zu erfolgen hat bzw. wie das Verhältnis hinsichtlich der Zusammenarbeit der Kollektivverbände ausgestaltet werden muss, um die Verwirklichung der Bestimmungsziele der Koalitionen zu ermöglichen und gleichzeitig eine materiale Freiheitsverwirklichung des Einzelnen zu gewährleisten, ist anhand einer teleologisch-funktionellen Auslegung zu ermitteln.

5. Zwischenergebnis des systemisch-funktionellen Ansatzes

Die Koalitionsfreiheit als Kollektivgrundrecht schafft und schützt ein System der kollektiven Rechtsgestaltung. Koalitionen sind als Hauptakteure des Koalitionssystems nach wie vor darauf angewiesen, dass der Gesetzgeber, subsidiär die Rechtsprechung, einen rechtlichen Rahmen für ihre Freiheitsverwirklichung schafft, um die Wahrnehmung der zweckgebundenen Freiheit zu ermöglichen. Tarifautonomie als Teil der kollektiven Koalitionsbetätigungsfreiheit wird durch die Koalitionen ausgeübt, welche Grundrechtssubjekte sind. Die von den Koalitionen ausgeübte Tarifkompetenz ist kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft.

Aufgrund der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifkompetenz der Koalitionen der unmittelbaren Drittwirkung in Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG haben die Koalitionen nicht nur ein Recht auf die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen mit normativer Kraft für ihre Mitglieder, sondern auch gleichzeitig die Pflicht zur Achtung der Koalitionsfreiheit des Vertragspartners. Koalitionen haben sich so zu verhalten, dass sie die kollektive Koalitionsfreiheit des anderen nicht beeinträchtigen oder zu behindern suchen. Somit sind sie zu koalitionssystemgerechtem Handeln verpflichtet.

Schließlich ist festzuhalten, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, parallel zur Mehrdimensionalität des Tarifsystems, vielseitig sind. Den Staat treffen Pflichten zur Errichtung eines Rahmens, der die Koalitionsausübung ermöglicht und die Koalitionen in die Lage versetzt, ihr verfassungsrechtliches Bestimmungsziel zu erfüllen. Die Koalitionen

werden aber gleichzeitig durch die dem System immanente reziproke Angewiesenheit der Kollektivverbände sowie die Gestalt der Koalitionsfreiheit samt der unmittelbaren Drittwirkung in Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG zu einem koalitionssystemkonformen, d.h. die Freiheit des anderen nicht beeinträchtigenden Verhalten, verpflichtet. Das verfassungsrechtlich intendierte Koalitionssystem ist somit nicht nur durch den Gesetzgeber zur Freiheitsverwirklichung der Koalitionen bereitzustellen, sondern gleichzeitig ist dieses System auch dadurch geschützt, dass die Koalitionen gegenseitig die Freiheit des anderen und somit den Gedanken der Gleichberechtigung der Kollektivverbände achten müssen.

Wie genau die Ausgestaltung auszusehen hat bzw. welche telelogisch-funktionelle Grundgedanken und Funktionsbedingungen des Koalitionssystems sind und was die Funktionsfähigkeit dieses Koalitions- bzw. Tarifsystems beeinträchtigt, gilt es im Folgenden zu untersuchen.

III. Teleologisch-funktionelle Auslegung: Was bezweckt das System der Tarifautonomie?

Wie gesehen, leitet sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ein Anspruch auf die Bereitstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen für ein Regelungssystem ab, welches die Funktion hat, durch Interessenverbände sozial angemessene Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu erzielen.

Um zu ermitteln, wie diese rechtliche Ausgestaltung zu erfolgen hat und was die Funktionsfähigkeit und die Funktionsbedingungen der Tarifautonomie ausmacht, bedarf es der teleologisch-funktionellen Untersuchung der Tarifautonomie.

Die historische Funktion der Tarifautonomie ist es, einen Ausgleich des Freiheitsdefizites zwischen den Kräften herbeizuführen. Doch woraus ergibt sich ein Ungleichgewicht zwischen Vertragsparteien? Welcher Bedingungen für eine Kompensation bedarf es? Was sind die Funktionsbedingungen der Tarifautonomie? Und vor allem welche Auswirkungen haben die Funktionsbedingungen der Tarifautonomie auf die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien?

1. Lösungsansätze in der Wissenschaft zur Zusammenarbeit der Sozialpartner

Bevor ein eigener Ansatz zur Ermittlung der erforderlichen und verfassungsrechtlich intendierten Ausgestaltung der koordinierenden Bestimmungen für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien entwickelt wird, bietet sich ein Blick auf die bisherigen Lösungsansätze zu dieser Fragestellung an.

a. *F. Gamillscheg*: Gebot der Sozialpartnerschaft

F. Gamillscheg[434] entwickelt im Rahmen der Frage nach den rechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Sozialpartner das Gebot der Sozialpartnerschaft. Er folgert aus Art. 9 Abs. 3 GG ein übergeordnetes rechtliches Gebot der Sozialpartnerschaft.

> *„Die Verfassung fordert von den Tarifpartnern vertrauensvolle Zusammenarbeit, die verbietet, daß einer auf den Untergang des anderen lauert. Ich möchte deshalb die Voraussage wagen, daß man die Rücksicht auf den Partner, wenn die organisationspolitische Taktik um die Differenzierung einmal ihr Ende gefunden haben wird, sehr bald als echte Rechtspflicht anerkennen wird. Schließlich und endlich hieße das nichts anderes, als zahllose Beteuerungen zu einer gewissen Verbindlichkeit erstarken zu lassen."*[435]

Dieses Gebot der Sozialpartnerschaft wird als immanente Voraussetzung einer Koalition im verfassungsrechtlichen Sinne verstanden, denn zu einer Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG gehöre die Verpflichtung der Anerkennung der Sozialpartnerschaft.[436] Der Natur der Tarifvertragspartei sei bereits eine Verpflichtung zur vertrauensvollen Zusammenarbeit immanent.[437]

Die exponierte Stellung der Koalitionen durch die Möglichkeit, ihre eigenen Interessen notfalls zwangsweise und unter legitimer Verdrängung des geltenden Rechts durchsetzen zu dürfen, bedinge, dass von den besonderen Vorrechten „nur auf dem schonendsten Wege, d.h. im partnerschaftlichen Sinn und ohne vermeidbare Reibungsverluste" Gebrauch zu machen sei.[438] Ausdrücklich stellt *F. Gamillscheg* den Bezug zu § 2 Abs. 1 BetrVG[439] her, indem er anmerkt, dass die Verpflichtung zur Partnerschaft eine Übertragung des Modells der vertrauensvollen Zusammenarbeit im Betrieb auf die überbetriebliche Ebene sei.[440] *F. Gamillscheg* sieht das Gebot der Sozialpartnerschaft und das Bekenntnis der verfassungsrechtlich geschützten Koalitionen zur gegenseitigen Partnerschaft als alternativlose Bedingung, da die Koalitionen trotz der „oft harten Auseinandersetzungen […] doch auf einander angewiesen" seien.[441] Trotz des herrschenden Antagonismus

---

[434] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263ff.; *F. Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 30ff.; später seinem Ansatz beispielsweise in ähnlicher Weise folgend: *H. Seiter*, ZfA 1989, 283 (293f.); *E. Picker*, Der Warnstreik und die Funktionen des Arbeitskampfes in der Privatrechtsordnung, S. 229f.; *R. Hottgenroth*, Die Verhandlungspflicht der Tarifvertragsparteien, S. 121f.

[435] *F. Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 34.

[436] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 264).

[437] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 264f.).

[438] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 264).

[439] Siehe hierzu Erstes Kapitel: A. II.

[440] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 264).

[441] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 265).

zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften seien sie einander verbunden.[442]

Die Partnerschaft habe nach *F. Gamillscheg* viele verschiedene Facetten, wie etwa die der gegenseitigen grundsätzlichen Anerkennung, der gemeinschaftlichen Problembewältigung in staatlichen und wirtschaftlichen Belangen sowie der gemeinsamen Einrichtungen.[443] Sie bestehe „ganz allgemein in vertrauensvoller Zusammenarbeit".[444] Aus der Verpflichtung zur Sozialpartnerschaft gehe auch die Verpflichtung zu fairen Verhandlungen hervor.[445] Die wenig erforschte Sozialpartnerschaft diene auch als übergeordneter Grundsatz für die Auslegung.[446]

Dem lapidaren Vorwurf, Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG sei ein solches Gebot zumindest wörtlich nicht zu entnehmen, entgegnet *F. Gamillscheg*, dass die Tatsache, dass Art. 9 Abs. 3 GG die vertrauensvolle Zusammenarbeit im Gegensatz zu § 2 Abs. 1 BetrVG nicht ausdrücklich vorschreibe, wenig über die Sozialpartnerschaft besage, bedenke man, wie viel anderes aus dieser Bestimmung inzwischen herausgelesen werde.[447] Die reziproke Verpflichtung zur Partnerschaft und damit verbunden der vertrauensvollen Zusammenarbeit erschließe sich von selbst.[448] Verweigere eine Seite eine solche Zusammenarbeit („wenn eine Seite nicht mehr, mitspielt"), breche das System zusammen, mit der Folge, dass die Verweigerung zum Verlust der Vorrechte der verfassungsrechtlich besonders geschützten Koalitionen führe.[449] Mit der Partnerschaft zwischen den Verbänden gehe notwendigerweise ein Gleichgewicht der Macht einher.[450] Die Parität unter den Sozialpartnern habe zwar ihre Hauptbedeutung im Arbeitskampf, läge aber dem gesamten Koalitionssystem zugrunde.[451]

Eine ausführliche bzw. verfassungsrechtlich fundierte Herleitung seines Gebots zur Sozialpartnerschaft bleibt *F. Gamillscheg* aber schuldig.[452] Durch Rechtsvergleichung versucht er seine These vom Gebot der Sozialpartnerschaft zu untermauern.[453]

---

[442] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 265).
[443] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 265).
[444] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 265).
[445] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 265, 276).
[446] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 265); vgl. auch *F. Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 30ff.
[447] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 265).
[448] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 266).
[449] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 266).
[450] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 268).
[451] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 268f.).
[452] So auch *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 369).
[453] *F. Gamillscheg*, KollArb I, § 7, S. 263 (S. 266ff.).

Zuzustimmen ist dieser Konstruktion sicherlich in dem Punkt, dass die Parität zwischen den Tarifpartnern für ihre Zusammenarbeit von existentieller Bedeutung ist. Warum aber genau auch in der tariflichen Zusammenarbeit jenseits des Arbeitskampfes die Parität unter den Parteien sichergestellt werden muss, bleibt weitgehend unbeantwortet.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass für das „Gebot der Sozialpartnerschaft“ die verfassungsrechtliche Grundlage kaum erläutert wird. Einerseits sei das Gebot der Sozialpartnerschaft als eine verfassungsrechtliche Voraussetzung für eine Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG zu sehen und andererseits als übergeordneter Auslegungsgrundsatz. Diese Dichotomie des Gebotes der Sozialpartnerschaft ist mangels Begründung nicht nachvollziehbar. Warum genau die Koalitionen zu einem möglichst schonenden Umgang miteinander verpflichtet sind, erschließt sich nicht von selbst. Schließlich gilt nach Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionsmittelgarantie[454]. Auch aus Rechtssicherheitsgründen ist ein solch vages Koalitionsmerkmal wie das der partnerschaftlichen Koalitionsausübung im Sinne einer vertrauensvollen Zusammenarbeit abzulehnen.[455]

Letztlich wird bei *F. Gamillscheg* trotz des ausführlichen Rechtsvergleichs das Gebot der Sozialpartnerschaft nicht greifbar und hängt nebulös in der Selbstverständlichkeit der Koalitionsfreiheit. Der für das Koalitionssystem konstituierende Faktor der Selbstbestimmung der gegnerischen Verbände sowie der auch im Zusammenhang der Zusammenarbeit zwischen den Sozialpartnern zu beachtende Konnex zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie findet kaum Beachtung oder Erwähnung.

Das von *F. Gamillscheg* Art. 9 Abs. 3 GG entnommene Gebot der Sozialpartnerschaft zur Bestimmung der Zusammenarbeit der Sozialpartner ist für die konkrete Beantwortung der Frage, wie eine drohende Tarifflucht rechtlich zu lösen ist, wenig hilfreich. Vertrauensvolle Zusammenarbeit und gegenseitige Rücksicht[456] sind zwar als rechtspolitische Schlagwörter durchaus zustimmungsfähig, aber die Operationalisierbarkeit dieser Begriffe fällt schwer. Praktikabel ist das Gebot der Sozialpartnerschaft deshalb nicht, weil es keinerlei konkrete Aussagen zur Handhabung bestimmter Problemlagen innerhalb der Beziehung der Tarifvertragsparteien bereithält. Das Problem der Tarifflucht kann folglich nicht mittels des Gebotes der Sozialpartnerschaft gelöst werden.

---

[454] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. II. 1. b.

[455] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 369).

[456] *F. Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 34.

b. *E. Mikosch*: Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien aus Art. 9 Abs. 3 GG und § 242 BGB

In einem von *E. Mikosch* veröffentlichen Festschriftenbeitrag[457] werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit von Tarifvertragsparteien, ebenfalls nur kurz und als Replik auf *F. Gamillschegs* These des Gebots der Sozialpartnerschaft behandelt. *E. Mikosch* erkennt zwar Art. 9 Abs. 3 GG (zusammen mit § 242 BGB[458]) als Grundlage für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien an.[459] Jedoch vertritt er die These, dass die Pflichtenbindung der zivilrechtlichen Generalklausel § 242 BGB zu entnehmen sei.[460] Eine umfassende Beschäftigung mit verfassungsrechtlichen Vorgaben sucht man auch bei ihm vergeblich. Die Gemeinsamkeit zum Sozialpartnerschaftsgebot ist, dass der Ansatz von *E. Mikosch* auch Art. 9 Abs. 3 GG als Grundlage für die von ihm entwickelte Auffassung der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien heranzieht. Der Unterschied liegt aber gerade darin, dass sich *E. Mikosch* ganz bewusst der Dogmatik von § 242 BGB als Richtschnur für die Konkretisierung[461] bedient, während *F. Gamillschegs* Gebot der Sozialpartnerschaft als Auslegungsgrundsatz selbst der Auslegung im konkreten Fall bedarf und somit keinerlei Leitlinie hat.

E. Mikosch kritisiert richtigerweise hinsichtlich des von *F. Gamillscheg* entwickelten Gebots der Sozialpartnerschaft, dass die Tariffähigkeit einer Koalition aus Rechtssicherheitserwägungen nicht von dem partnerschaftlichen Verhalten der Koalition im Einzelfall abhängen könne.[462] Eine möglichst harmonische Zusammenarbeit sei nicht Voraussetzung der Koalitionstätigkeit.[463] Zudem erscheint *E. Mikosch* nicht nachvollziehbar, wie aus der staatlichen Einräumung von Arbeitskampfmitteln die Verpflichtung zu vertrauensvoller Zusammenarbeit abgeleitet werden kann.[464]

---

[457] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365ff.

[458] § 242 BGB lautet: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

[459] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 385).

[460] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 385).

[461] Nur am Rande klingt das Gebot von Treu und Glauben bei *F. Gamillscheg* an, vgl. *F. Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 33.

[462] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 369).

[463] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 369).

[464] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 369).

Der möglichst schonende Umgang mit der gegnerischen Partei stelle keine wesensgemäße Voraussetzung für die Koalitionstätigkeit dar.[465] Aus der Forderung an die Koalitionen, das geltende Tarif- und Schlichtungsrecht als für sich verbindlich anzuerkennen, sei noch nichts zu seinem Inhalt gesagt.[466] Insofern bleibe das von *F. Gamillscheg* entwickelte Gebot der Sozialpartnerschaft „bloßes Postulat".[467]

E. Mikosch regt zwar in seinem Aufsatz über die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien an, § 2 Abs. 1 BetrVG zur „Erhellung der Struktur bei immerhin teilweise parallelen Fragestellungen"[468] heranzuziehen, um die Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien zu ermitteln, dies allerdings „nicht zur analogen Übernahme der Ergebnisse".[469] Allerdings steht *E. Mikosch* selbst einer Analogie der Norm aus dem Betriebsverfassungsgesetz aufgrund der Unterschiede zwischen Betriebsautonomie und Tarifautonomie skeptisch gegenüber.[470] *E. Mikosch* leitet aus Art. 9 Abs. 3 GG einen Regelungsauftrag der Tarifparteien bezüglich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen mit der Verpflichtung zum Verhandeln her und zieht für die Konkretisierung ihrer Pflichtenbindung § 242 BGB heran. Es besteht ein Katalog von Verhandlungs-, Unterrichtungs-, Verschwiegenheits- und Schutzpflichten.[471] Für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien leitet er somit ab, dass es nicht auf eine innere Einstellung der Tarifparteien zueinander ankomme, sondern vielmehr auf sichtbare „äußere Verhaltenspflichten bei der Bewältigung der gemeinsamen Regelungsaufgabe".[472]

So plausibel viele seiner auf die Dogmatik von § 242 BGB gestützten Verhaltenspflichten für die Zusammenarbeit der Tarifparteien auch sein mögen, so fehlt seiner Konstruktion das verfassungsrechtliche Fundament. Aus der Dogmatik von § 242 BGB filtert *E. Mikosch* den Verhaltenskodex der Tarifparteien, dabei übergeht er allerdings die Ergründung der verfassungsrechtlichen Intention. Zwar stellt er zu Beginn seiner Herleitungen kurz fest, dass Art. 9 Abs. 3 GG „die zentrale Norm" sei.[473] Allerdings leitet er aus der Verfassungsnorm nur ab, dass das Zu-

[465] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 369).

[466] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 369).

[467] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 369).

[468] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 370).

[469] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 370ff.).

[470] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 367, 370).

[471] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 378ff., 385).

[472] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 385).

[473] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 367).

sammenwirken der Tarifparteien zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen vom Schutzbereich der Koalitionsfreiheit erfasst sei und die Ausgestaltung der Pflichtenbindung der Tarifparteien durch staatliche Instanzen den Gewährleistungsgehalten der Koalitionsfreiheit zu ihrer optimalen Verwirklichung verhelfen müsse.[474] Im Anschluss daran wird kurz die Drittwirkungsklausel in Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG angesprochen und erwähnt, dass die unmittelbare Drittwirkung auch unter den Tarifparteien Wirkung entfalte.[475]

Im Ergebnis kann die von *E. Mikosch* vorgeschlagene Konstruktion eines Verhaltenskodexes zwischen den Tarifparteien nicht überzeugen. Er gründet sein Pflichtenprogramm auf der Dogmatik einer Norm des einfachen Rechts und beachtet dabei die verfassungsrechtlichen Intentionen und Parameter kaum. Selbst innerhalb seiner anhand von § 242 BGB skizzierten Verhaltenspflichten zwischen den Tarifparteien bleibt er einen konkreten Maßstab, wann genau eine Verletzung dieser Verhaltenspflichten vorliegt, schuldig. Für die Suche nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Sozialpartner kann aus seinem Ansatz kaum Nektar gesogen werden. Zudem klingt bei ihm im Gegensatz zu *F. Gamillscheg* der Aspekt der Selbstbestimmung der Vertragsparteien und die damit verbundene Parität zwischen Verbänden nicht an.

Die Pflicht zu redlichem Verhalten innerhalb eines Schuldrechtsverhältnisses aus § 242 BGB gilt unter Zugrundelegung der grammatikalischen Auslegung nur während eines bestehenden Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft, da das Vorliegen eines „Schuldners“ erforderlich ist. Die zu untersuchende Thematik von Blitzaustritten und Blitzwechseln spielt sich allerdings gerade innerhalb eines tarifvertraglosen Zeitraumes ab, in dem noch kein Vertragsverhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien besteht, da der alte Tarifvertrag in der Regel ausgelaufen ist und der neue Tarifvertrag noch nicht beschlossen wurde. Insofern wäre der Arbeitgeberverband auch nicht unmittelbar nach § 242 BGB verpflichtet, sich redlich zu verhalten, es sei denn, man würde zwischen den Tarifvertragsparteien ein vorvertragliches Schuldverhältnis[476] oder etwa ein Dauerschuldrechtsverhältnis annehmen.

Doch selbst dann ist fraglich, ob die Anwendung des § 242 BGB in der Problematik hilfreich ist, da es für die Konstruktion der Verpflichtung des Arbeitgeberverbandes zu redlichem Verhalten gegenüber der Gewerkschaft erforderlich ist, eine Verhaltenspflicht eindeutig herzuleiten. Diese Bestimmung ist aber nicht ohne koalitionsverfassungsrechtliche Analyse des Koalitionssystems möglich.

---

[474] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 367).

[475] *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag, S. 365 (S. 368).

[476] Siehe hierzu näher *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 894ff.).

c. Dauerrechtsbeziehung der Tarifvertragsparteien zur Bestimmung ihrer Zusammenarbeit und ihres Verhältnisses zueinander

H. Seiter[477] stellt in ausgesprochen differenzierter Weise eine „tarifrechtliche oder kollektivrechtliche Sonderverbindung bzw. Sonderrechtsbeziehung" zwischen den Tarifvertragsparteien aufgrund ihrer fortwährenden Rechtsbeziehung zueinander her.[478] Diese Sonderrechtsbeziehung ist Anknüpfungspunkt für eine Pflichtenbindung der Tarifvertragsparteien über den Zeitraum der konkreten Tarifvertragsschlüsse hinaus und eine Verstärkung der Sanktionsansprüche.[479] Die Anerkennung eines Dauerrechtsverhältnisses zwischen den Tarifvertragsparteien führe dazu, dass das Dauerpflichtverhältnis als Auslegungs- und Rechtsfortbildungshilfe nutzbar gemacht werden könne,[480] dass es als prozessuale Tatbestandsvoraussetzung fungieren könne[481] und vor allem, dass es als Quelle von Verhaltenspflichten zwischen den Vertragspartnern verstanden werden könne[482]. *H. Seiter* stellt bereits zu Beginn seiner Ausführungen pragmatisch fest, dass der Annahme einer Sonderrechtsbeziehung keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstünden.[483] Eine verfassungsdogmatische Herleitung bleibt aber auch er, trotz seiner detaillierten Ausführungen zu der rechtsdogmatischen Begründung der Sonderrechtsbeziehung aus dem einfachen Recht, schuldig. In seiner Abhandlung beschäftigt er sich mit einer Reihe anderer Ansätze aus Rechtsprechung und Wissenschaft zur einfachgesetzlichen Konstruktion der Sonderrechtsbeziehung, auf *F. Gamillschegs* entwickelte Gebot der Sozialpartnerschaft nimmt *H. Seiter* aber nur in einem kurzen Absatz Bezug.[484]

Insgesamt kann somit auch dieser Beitrag zur Frage der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Sozialpartner nur sehr eingeschränkt herangezogen werden, da auch er nur sehr kursorisch auf Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG eingeht und die zivilrechtlichen Pflichten zwischen den Sozialpartnern nicht tiefgehend untersucht werden.

In jüngerer Zeit ist die Dissertation von *M. Arnold*[485] zum Verhältnis der Sozialpartner zueinander erschienen. Der Fokus auch dieser Arbeit liegt aber eindeutig im einfachen Recht. Auch *M. Arnold* kommt zu dem Schluss, dass Art. 9 Abs. 3 GG nur einzelne Pflichten der Koalitionen zueinander zu entnehmen seien.[486] Er

[477] *H. Seiter*, ZfA 1989, 283ff.
[478] *H. Seiter*, ZfA 1989, 283 (294ff.).
[479] *H. Seiter*, ZfA 1989, 283 (294ff., 305).
[480] *H. Seiter*, ZfA 1989, 283 (304).
[481] *H. Seiter*, ZfA 1989, 283 (304).
[482] *H. Seiter*, ZfA 1989, 283 (305).
[483] *H. Seiter*, ZfA 1989, 283 (293f.).
[484] *H. Seiter*, ZfA 1989, 283 (293).
[485] *M. Arnold*, Die tarifliche Dauerrechtsbeziehung, S. 34ff.
[486] *M. Arnold*, Die tarifliche Dauerrechtsbeziehung, S. 67ff., 78, 75: „Unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 lassen sich unter den Gesichtspunkten der Koalitionsbestands- und Koalitionsbetätigungsgarantie somit zwar einzelne, auch im Rahmen einer Dauerrechtsbeziehung relevanten Pflichten ableiten,

entwickelt jenseits der verfassungsrechtlichen Norm des Art. 9 Abs. 3 GG eine schuldrechtliche Sonderbeziehung, die sich auf die Dauer der Zusammenarbeit gründet.[487]

Anhand dieser Konstruktion der tarifrechtlichen Dauerrechtsbeziehung bzw. der Anerkennung einer Dauerbeziehung für die Tarifvertragsparteien sei es möglich, die verschiedenen Schutz- und Rücksichtnahmepflichten über den Zeitraum der Tarifgeltung hinaus auch auf den tariflosen Zeitraum zu übertragen, was sich mit dem rechtstatsächlichen Umstand decke, dass oftmals zwischen den Tarifvertragsparteien eine Vielzahl von Tarifverträgen geschlossen wird.[488] In concreto wäre es also möglich, anhand der zivilrechtlichen Anerkennung der Sonderrechtsbeziehung zwischen den Tarifvertragsparteien Schutz- und Rücksichtnahmepflichten mittels der schuldrechtlichen Normen des BGB auch auf den tariflosen Zeitraum zu erstrecken.

Klärungsbedürftig bei diesem Lösungsansatz wäre dann aber noch, wann eine Partei gegenüber der anderen Partei schutzbedürftig wäre, worauf sich diese Schutz- und Rücksichtnahmepflichten beziehen würden und wie der Schutz ausgestaltet werden müsse. Diese Fragen lassen sich ebenfalls ohne eine koalitionsverfassungsrechtliche Analyse des Koalitionssystems nicht sach- und systemgerecht beantworten. Bei der Übernahme der Lehre vom Dauerrechtsverhältnis der Tarifvertragsparteien und der Anerkennung einer Sonderrechtsbeziehung ist deshalb Vorsicht geboten. Denn wie *M. Arnold* selbst eingesteht,[489] ist eine solche Konstruktion schwerlich aus Art. 9 Abs. 3 GG ableitbar. Eine Rückführbarkeit einer solchen Folgerung auf die verfassungsrechtliche Grundnorm des kollektiven Arbeitsrechts ist aber unerlässlich, wenn die Anerkennung der Sonderrechtsbeziehung als Moment der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien Geltung erlangen will. Die zivilrechtliche Konstruktion der Sonderrechtsbeziehung allein auf Rücksichtnahmepflichten zwischen Arbeitgeberverband und Gewerkschaft zurückzuführen, ist daher ohne die Rückkopplung an Art. 9 Abs. 3 GG nicht standfest.
Somit kann diesen Ausführungen zur Dauerrechtsrechtsbeziehung der Sozialpartner für die Frage, wie Blitzaustritte und Blitzwechsel rechtlich zu behandeln sind, keine praktikable Antwort entnommen werden.

---

nicht aber die Rechtsfigur einer Dauerrechtsbeziehung als solcher. Andererseits stehen die Ausprägungen des Art. 9 Abs. 3 GG der Anerkennung einer Dauerrechtsbeziehung aber auch nicht entgegen. Im Gegenteil spricht gerade die Ableitbarkeit einzelner, im Rahmen einer Dauerrechtsbeziehung relevanter Pflichten dafür, daß die Anerkennung einer tarifrechtlichen Dauerrechtsbeziehung in der Tendenz mit den Vorgaben aus Art. 9 Abs. 3 GG in Einklang steht.“; *M. Arnold*, Die tarifliche Dauerrechtsbeziehung, S. 167: „Aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere aus Art. 9 Abs. 3 GG läßt sich die Notwendigkeit einer Anerkennung einer Dauerrechtsbeziehung nicht ableiten.“.

[487] *M. Arnold*, Die tarifliche Dauerrechtsbeziehung, S. 75

[488] *M. Arnold*, Die tarifliche Dauerrechtsbeziehung, S. 67.

[489] *M. Arnold*, Die tarifliche Dauerrechtsbeziehung, S. 75.

d. Weitere Untersuchungen zur Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien

Die Dissertation von *J. Kämpgen*[490] mit dem Titel „Die Zusammenarbeit der Sozialpartner“ ist aufgrund ihrer rein empirischen Natur für die hiesige Untersuchung unergiebig. *J. Kämpgen* untersucht die Zusammenarbeit der Sozialpartner aufgrund der bestehenden Kollektivverträge und ähnlicher kollektiver Abreden am Beispiel der Maschinenindustrie und des Metallgewerbes der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland. Zudem ist die Arbeit zu alt (Erscheinungsjahr 1976), um praktische Beispiele daraus heranzuziehen. Auch die wirtschaftswissenschaftliche Dissertation von *D. Nattmann*[491] mit dem Titel „Die Parität als Organisationsprinzip für die Zusammenarbeit der Sozialpartner“ ist für die Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Sozialpartner wenig ertragreich. Die bereits stark veraltete Arbeit (1960) beschäftigt sich lediglich mit den wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Aspekten der Sozialpartnerschaft.

e. Zwischenergebnis

Die in der Wissenschaft für die allgemeine Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien entwickelten Lösungsansätze sind für die Problematik von Blitzaustritt und Blitzwechsel nicht praktikabel, da sie hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Fundaments äußerst vage bleiben und keine konkreten Bestimmungen aufweisen, die Probleme praktikabel lösen würden.

2. Privatautonomie als Instrument zur Regelung der Beziehungen unter Privatrechtssubjekten

Da die Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft einen Ausgleich des Freiheitsdefizites zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer herbeizuführen soll, ist es angezeigt, die Privatautonomie näher zu untersuchen, um das Schutzkonzept der Tarifautonomie zu konkretisieren.

Die Privatautonomie ist nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts „das Prinzip der eigenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen“.[492] Die Privatautonomie ist verfassungsrechtlich durch die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.[493] Mit der Privatautonomie als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“[494] sind die Indivi-

[490] *J. Kämpgen*, Die Zusammenarbeit der Sozialpartner.
[491] *D. Nattmann*, Die Parität als Organisationsprinzip für die Zusammenarbeit der Sozialpartner.
[492] BVerfGE 72, 155 (170).
[493] BVerfGE 72, 155 (170); vgl. auch BVerfGE 8, 274 (328): „Als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit schützt Art. 2 Abs. 1 GG auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Vertragsfreiheit, soweit sie nicht durch besondere Grundrechtsbestimmungen gewährleistet (vgl. BVerfGE 6, 32 [41f.])“; anstatt vieler *H.D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 4; *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 34 Rn. 22; *A. Söllner*, RdA 1989, 144 (145); weiterführend siehe *W. Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 6ff.
[494] BVerfGE 114, 1 (34); 89, 214 (231); 115, 51 (52).

duen im Markt frei, Angebote anzunehmen oder abzulehnen bzw. selbst Angebote zu machen und so durch individuelle Entschlüsse den Markt zu schaffen und zu beeinflussen. Da die Privatautonomie auf dem „Prinzip der Selbstbestimmung" beruht, müssen die Voraussetzungen für freie Selbstbestimmung tatsächlich und nicht ledig auf dem Papier gegeben sein.[495]

Innerhalb des Marktes haben sich die Privatrechtssubjekte trotz weiten Gestaltungsfreiraums nach den zwingenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu richten.[496] Die Vertragsfreiheit als eine Ausprägung der Freiheiten der Privatautonomie[497] steht regelmäßig im Zentrum der Privatautonomie,[498] so auch im Arbeitsrecht.[499]

Die Vertragsfreiheit des einen kann aber zur Beeinträchtigung oder sogar Aufhebung der selbstbestimmten Lebensgestaltung des anderen führen.[500] Es ist somit zwischen formaler Freiheit und tatsächlicher bzw. praktischer Entscheidungsfähigkeit und sich gegebenenfalls daraus ergebender Ungerechtigkeit zu unterscheiden. Die Privatautonomie ist nur sinnvoll, wenn tatsächlich auch Selbstbestimmung der Parteien besteht.[501]

a. Funktionsbedingungen der Vertragsfreiheit

Aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Vertragsfreiheit ergibt sich, dass den Gesetzgeber eine Ausgestaltungspflicht hinsichtlich der Selbstbestimmung trifft und er angemessene rechtliche Gestaltungs- und Wirkungsmöglichkeiten des Einzelnen darbieten muss.[502] Durch das Regelkonstrukt der Justizgewährung der Privatautonomie werden zivilrechtlich aus Absprachen Handlungen mit Rechtsverbindlichkeit.[503] Im Zuge des Selbstbestimmungsakts der Parteien definieren sie, nicht das Gesetz, das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung.[504] In der Regel hat die Rechtsordnung dies zu respektieren.[505]

---

[495] BVerfGE 81, 242 (255); 114, 1 (34); 89, 214 (231); 115, 51 (52); *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 3.

[496] *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 32 Rn.1.

[497] *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 101.

[498] BVerfGE 88, 384 (403); 89, 48 (61); 103, 197 (215); 128, 157 (176); *W. Flume*, BGB AT II, § 1 S. 12; *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 1 Rn. 2, § 2 Rn. 17, § 4 Rn. 51, 34 Rn. 22.

[499] *A. Söllner*, RdA 1989, 144 (144).

[500] *W. Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift 100 Jahre DJT I, S. 130 (143).

[501] *W. Flume*, BGB AT II, § 1 S. 12ff.

[502] *T. Dieterich*, RdA 1995, 129 (130); *C.-W. Canaris*, JZ 1987, 993 (995); *W. Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 32ff.

[503] *A. Söllner*, RdA 1989, 144 (146).

[504] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 171.

[505] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 171.

Grundsätzlich sind die Privatrechtssubjekte als Teilnehmer am Rechtsverkehr und damit am System der Privatautonomie gleich und frei beteiligt.[506] Damit nicht eine Partei des Vertrages allein ihre Interessen durchsetzt, muss zwischen den Vertragsparteien annähernd gleiche Verhandlungsstärke bestehen.[507] Ansonsten würde die formale Gleichheit der Rechtsubjekte es zulassen, dass vorbehaltlos ungerechte Verträge unter dem Deckmantel der Vertragsfreiheit „auf dem freien Markt“ geschlossen werden könnten. Die Freiheit des einen würde zur Unfreiheit des anderen führen. Verhandlungsgleichgewicht besteht, wenn jede Vertragspartei ihre Interessen angemessen im Zuge des wechselseitigen Zugestehens aushandeln kann oder, falls dies zwischen den Vertragsseiten nicht möglich ist, den Vertragsschluss ablehnen kann.[508]

Innerhalb dieser Ordnung der Gleichen und Freien[509] bedarf es aber der Rechtsordnung, um einseitige Fremdbestimmung abzuwehren.[510]

Bei einem Rechtsverhältnis wie dem Vertrag, das auf beiderseitiger Selbstbestimmung beruht, ist ein ausgewogenes Kräfteverhältnis unbedingt erforderlich.[511] Denn die Rechtsordnung hat aufgrund ihrer Schutzpflicht Sorge dafür zu tragen, dass eine gestörte Vertragsparität nicht dazu führt, dass eine überlegene Vertragspartei die unterlegene Partei bis zur „Fremdbestimmung“ dominiert.[512] Dies führt dazu, dass die (formale) Vertragsfreiheit der Rechtssubjekte nicht bedingungslos gewährleistet sein kann.[513] Die Rechtsordnung muss einen selbstbestimmten Leistungsaustausch zwischen den Privatrechtsubjekten ermöglichen.[514] Den Staat trifft somit hinsichtlich der Privatautonomie eine Schutzpflicht in der Weise, dass er verpflichtet ist, bei Gefährdung der Selbstbestimmung und der Freiheitsausübung des einzelnen einzuschreiten, d.h. der Staat darf nicht unbeteiligt bleiben und dem freien Handeln der Privatrechtssubjekte das Spielfeld überlassen.[515]

---

[506] *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (S. 84).

[507] *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 1.

[508] *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 1.

[509] *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (84).

[510] BVerfGE 89, 214 (232); *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 107; *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 1f., 4.

[511] *T. Dieterich*, RdA 1995, 129 (131).

[512] BVerfGE 89, 214 (232); *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 107.

[513] Weiterführend insbesondere *G. Hönn*, Kompensation struktureller Vertragsparität; *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit; *J. Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, *W. Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 44ff.

[514] *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 1ff.

[515] *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 107f.; vgl. *F. Kopp*, NJW 1994, 1753 (1753f.); *A. Pietrzak*, JuS 1994, 748 (748); *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 4; ähnlich *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 5.

Der Schutz vor Fremdbestimmung ergibt sich zum einen aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG und zum anderen dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG.[516] Diese Schutzpflicht der Rechtsordnung ist Ausdruck der erforderlichen Materialisierung der Vertragsfreiheit bzw. der Ausfüllung der staatlichen Schutzpflicht gegen ein rein formales Verständnis der Vertragsfreiheit.[517] Früh wurde richtig erkannt, dass Freiheit nur dann bezaubere, wenn die Rechtsgleichheit den Bedingungen der Rechtstatsächlichkeit gewachsen sei.[518]

b. Grundsatz der Richtigkeitsgewähr des Vertrages

Als erstes Vertrags(kontroll)modell kann *W. Schmidt-Rimplers*[519] Richtigkeitslehre verstanden werden. Danach verdient ein Vertrag zwischen Vertragspartnern deshalb die Vermutung der Richtigkeit[520], weil der Wille jeder Partei durch die jeweils andere Partei seine Beschränkung finde und die Parteien sich so „paralysier[t]en".[521] Die von *W. Schmidt-Rimpler*[522] entwickelte Lehre von der Richtigkeitsgewähr kann als Startpunkt zur Erklärung des funktionalen Verhältnisses zwischen Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit gesehen werden.[523] Mit einiger Wahrscheinlichkeit[524] kann davon ausgegangen werden, dass die Verträge, welche durch Rechtssubjekte geschlossen werden, „gerecht" sind. Mit dieser Richtigkeit meint er „sowohl die mit der Ethik verbundene Gerechtigkeit i. e. S. als auch

516 *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 108.

517 *W. Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 44ff.

518 So schon *V. Ehrenberg* aus dem Jahr 1905, siehe *V. Ehrenberg*, Freiheit und Zwang auf dem Gebiet des Verkehrsrecht, S. 20: „Die Freiheit besticht durch das Gewand der Rechtsgleichheit in das sie sich kleidet."; siehe auch *M. Pappenheim*, Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts, in: Festschrift für Georg Cohn zum 70. Geburtstag, S. 291 (S. 292f.), der dies am Beispiel einer wirtschaftlich übermächtigen Partei feststellt.

519 Weiterführend zu *W. Schmidt-Rimplers* rechtspolitischem und wissenschaftlichem Werk siehe *C. Kirschke*, Die Richtigkeit des Rechts und ihre Maßstäbe.

520 Allerdings gibt *W. Schmidt-Rimpler* zu, dass der Begriff der „Richtigkeitsgewähr" etwas unpräzise ist und er eigentlich von „Richtigkeitswahrscheinlichkeit" sprechen müsste, *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S. 3 (S. 12): „Ich müßte also von Richtigkeitswahrscheinlichkeit sprechen, ein abstoßendes Wort, und man gestatte mir so weiter den Ausdruck „Richtigkeitsgewähr" zu gebrauchen, der ja als spezieller Terminus den Sinn hat, den ich ihm beigelegt habe."; daher wird beispielsweise von *H. Wiedemann* der Begriff „Richtigkeitschance" verwendet, so in *H. Wiedemann*, RdA 1986, 231 (235); vgl. auch *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 24.

521 *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S. 3 (S. 5); *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, S. 1 (S. 6).

522 *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S. 3ff. sowie *W. Schmidt-Rimpler*, AcP 1941, 130ff., *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, S. 1 (S. 5ff.).

523 So auch *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 174.

524 *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S. 3 (S. 8).

Rechts-, und Verkehrssicherheit und Gemeinzweckmäßigkeit".[525] Keine Richtigkeit sei demnach bei Verstößen gegen die „ethisch fundierte Gerechtigkeit" und „der von der Gemeinschaft her zu bestimmenden Zweckmäßigkeit" anzunehmen.[526]

Bereits 1941 sah *W. Schmidt-Rimpler* in der (zumindest ansatzweisen) Parität der Vertragsseiten die notwendige Voraussetzung für eine Richtigkeitsgewähr. Bei gleich starken Verhandlungsgegnern führe das Vertragsverhandeln zum Konsens und damit durch Verfahren zu einem die Richtigkeitsvermutung verdienenden Ergebnis.[527] Er versuchte, die Spannung zwischen Vertragsfreiheit und -gerechtigkeit durch das Erfordernis eines annähernden Kräftegleichgewichts zu lösen.[528]

Die Lehre der Richtigkeitsvermutung geht davon aus, dass Verträgen aufgrund der verschiedenen, sich ausgleichenden Vertragsseiten grundsätzlich eine Vertragsgerechtigkeit inne ist. Dieser gegenseitige Ausgleich der Vertragsseiten untereinander ist allerdings lediglich bei annähernd gleich starken Vertragsseiten möglich, da ansonsten der Vertragsabschluss zum Diktat wird. *W. Schmidt-Rimplers* Verständnis von Freiheit reicht dabei auch über die im Privatrecht ansonsten vorherrschende Gerechtigkeitsform der korrektiven Gerechtigkeit („korrektive Gerechtigkeit gleicht Unrecht aus, das der eine Gleiche dem anderen Gleichen zugefügt hat." [529]) hinaus.

Andere Stimmen in der Wissenschaft, die den Kern des Vertrages im Willen der Parteien und der freiwilligen Unterwerfung sehen, vermuten die Richtigkeit der Verträge aufgrund des Willens der Beteiligten.[530] Gegen diese Vorstellung der Richtigkeitsvermutung aufgrund gegenseitiger Balance (bzw. „Paralyse"), sprach sich vor allem *W. Flume*[531] mit seiner Selbstbestimmungsthese aus. Durch Marktwirtschaft und Wettbewerb würde eine überlegene Stellung eines Marktteilnehmers absorbiert werden und Disparitäten würden aufgehoben.[532] Der Vertragsin-

---

[525] *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S. 3 (S. 10).

[526] *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, S. 1 (S. 6 Fn. 1).

[527] *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S. 3 (S. 13).

[528] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 173f.

[529] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 103; *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (84).

[530] *W. Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift 100 Jahre DJT I, S. 135 (S. 143); *W. Flume*, BGB AT II, § 1 S. 7; *W. Zöllner*, Gerechtigkeit im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, S. 1297 (1312).

[531] *W. Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift 100 Jahre DJT I, S. 135ff.

[532] *W. Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift 100 Jahre DJT I, S. 135 (S. 144f.).

halt sei das Ergebnis eines beiderseitigen Kompromisses und der beiderseitigen selbstbestimmten Unterwerfung unter diese Übereinkunft.[533] Getreu dem Satz „volenti non fit iniuria"[534] wird eine Ungerechtigkeit unter den sich freiwillig rechtlich bindenden Vertragspartnern nicht angenommen.[535] Nur bei einseitigem „Diktat" sei die Vertragsfreiheit zu beschränken.[536] In einer Situation, in der einer der Vertragspartner ein so dominierendes Übergewicht im Gegensatz zu seinem Vertragspartner innehabe und ihm die Vertragsbestimmungen quasi diktieren könne, sei die Gleichheit unter den Vertragspartner nicht gewährleistet und der Vertragsschluss basiere nicht mehr auf Selbstbestimmung, sondern für den unterlegenen Vertragspartner auf Fremdbestimmung.[537] Doch die Vertragsfreiheit ist im Fall der Fremdbestimmung nach *W. Flume* nicht deshalb zu beschränken, weil diese Art der Willensbetätigung Ungerechtigkeit erzeuge, sondern weil die Selbstbestimmung nicht habe ausgeübt werden können. Diese Eingleisigkeit der Freiheitsausübung vermag nicht zu überzeugen.

Ausrichtung und Schwerpunkt der Selbstbestimmungstheorie sind im Gegensatz zu *W. Schmidt-Rimplers* Richtigkeitslehre verschieden. Allerdings stimmen beide Lehren in dem entscheidenden Punkt überein, dass bei evidenter Ungleichgewichtslage aufgrund nicht hinnehmbarer Ungerechtigkeit keine Richtigkeit des Vertrages bestehen kann.[538] Denn in Fällen des entschiedenen Ungleichgewichts fehlt die Selbstbestimmungsmöglichkeit der unterlegenen Partei. Gegen die Auffassung, Ungleichgewichtslagen seien Selbstbestimmungsproblematiken, spricht, dass dadurch nicht der Kern des Problems getroffen wird.[539] Es geht nicht um das Selbstbestimmungsmanko, sondern vielmehr um die aus der unterschiedlichen Ausgangslage resultierende Ungerechtigkeit, welche der unterlegenen Partei durch Vertrag zukommt.

---

[533] *W. Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift 100 Jahre DJT I, S. 135 (S. 142ff.); *W. Flume*, BGB AT II, § 1 S. 6ff.; *M. Becker*, Der unfaire Vertrag, S. 6.

[534] Übersetzung: Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht.

[535] *C.-W. Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, S. 46.

[536] *W. Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift 100 Jahre DJT I, S. 135 (S. 144, 146f.).

[537] *W. Flume*, BGB AT II, § 1 S. 8, S. 10.

[538] Dies ist *W. Schmidt-Rimpler* wohl bewusst; *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S. 3 (S. 14).

[539] Ähnlich *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (S. 87); insbesondere gegen *W. Flumes* Vertragsidee: *W. Zöllner*, AcP 1996, 1 (24ff.).

Rechtstatsächliche Ungleichgewichtslagen stehen somit in einem funktionellen Verhältnis zu den Rechtsgütern (Vertrags-)Freiheit und (Vertrags-)Gerechtigkeit. Zudem wird durch den Begriff der Selbstbestimmung für die Frage der Kompensation von Ungleichgewichtslagen nichts gewonnen, da durch die Kenntnis, dass eine unterlegene Partei innerhalb eines Vertragsverhältnisses seine verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstbestimmung nicht ausüben kann, das Problem lediglich umschrieben wird.[540]

Wiederum andere Stimmen[541] in der Wissenschaft entnahmen der Vertragsfreiheit eine soziale Funktion, in der Weise, dass das soziale Funktionsprinzip das Maßgebliche innerhalb der Vertragsfreiheit sei. Der soziale Zweck der Vertragsfreiheit begrenze sie.[542] Verträge, welche den sozialen Ausgleich nicht realisierten, sei die rechtliche Anerkennung zu versagen; die Selbstbestimmung der Parteien habe dem Gerechtigkeitsideal zu weichen.[543] Dieser Ansatz hat zwar gemeinsame Schnittmengen mit der Richtigkeitslehre, jedoch ist zu verzeichnen, dass der Gedanke einer sozialen Vertragsfunktion, das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Vertragsfreiheit der Parteien und Einschränkungen aufgrund von Vertragsgerechtigkeit umkehrt[544].[545]

M. Wolf[546] dagegen vertritt die Auffassung, dass nur bei Vorliegen der Entscheidungsfreiheit die Vertragsfreiheit ihrer Wurzel, der Selbstbestimmung, gerecht werde. Danach sei eine Willenserklärung einer Vertragspartei nur dann anzunehmen, wenn positiv keinerlei Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit vorlägen.[547] Hiernach müsste stets eine Vertragskontrolle durchgeführt werden, um positiv festzustellen, dass die Parteien tatsächlich in Ausübung ihrer Entscheidungsfreiheit eine Willenserklärung getätigt haben.[548] Der Hauptkritikpunkt an dieser Ansicht ist folglich die Praktikabilität.[549] Das Abstellen auf die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit ist zudem mit der Problematik belastet, dass die Frage, ob jemand rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit innehat, immer eine subjektbezogene Frage und deshalb schwierig zu beantworten ist.[550]

---

[540] Fehlende Möglichkeit der Selbstbestimmung als Kriterium für mangelnde Richtigkeit von Verträgen wird daher abgelehnt von *L. Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 216; *D. Coester-Waltjen*, AcP 1990, 1 (21f.); *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 183.

[541] *L. Raiser*, JZ 1958, 1ff.; *H. Merz*, Privatautonomie heute, S. 8ff.

[542] *L. Raiser*, JZ 1958, 1 (6ff.).

[543] *L. Raiser*, JZ 1958, 1 (6).

[544] Siehe hierzu *L. Raiser*, JZ 1958, 1 (3): „zum Schutze der notorisch schwächeren Vertragspartei enge Grenzen".

[545] So auch *R. Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, S. 21ff. m. w. N.; weiterführend *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 192.

[546] *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich.

[547] *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, S. 69ff.

[548] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 180.

[549] Weiterführend hierzu *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 193ff.

[550] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 195.

Im Ergebnis kann die Theorie der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit deshalb nicht als Kontrollinstrument zur Ermittlung fehlender Richtigkeit von Verträgen dienen.[551]

G. Hönn vertritt die Auffassung, dass Parität vom positiven Recht aus zu bestimmen sei.[552] Parität sei „die vom positiven Recht den Vertragsparteien eingeräumte Rechtsstellung, welche ihnen einen Interessenausgleich in Selbstbestimmung mit der Chance der Äquivalenz" eröffne.[553] Somit sei Parität positivrechtlich und Imparität fiktiv.[554] Durch Wertungswandel, der zu einer neuen Rechtsordnung führte, werde ein früherer Zustand als Imparität deutlich.[555] Gleichzeitig könne man aus der bestehenden Rechtsordnung aber auch Rückschlüsse auf Paritätsmaßstäbe ziehen, indem man Schutzvorschriften wegdenke.[556] Nachteil dieses Modells ist, dass keine rechtstatsächlichen Gegebenheiten (ökonomischer oder soziologischer Art) zwischen den Vertragsparteien berücksichtigt werden.[557] Der teleologischen Auslegung einer Norm bzw. ihrer Kategorisierung als Schutzvorschrift ist eine Bewertung auch der tatsächlichen Machtverhältnisse immanent.[558] Weshalb es richterliche Rechtsfortbildung in Fällen struktureller Unterlegenheit einer Vertragsseite gibt, ist nicht durch *G. Hönns* Modell erklärbar.[559] Überdies würde man nach diesem Modell nie zu einer Unrichtigkeit eines Vertrages kommen, da Verträgen bei Einhaltung der positivrechtlichen Rechtsordnung stets Richtigkeit zu unterstellen sei.[560]

Dieser rein formelle Paritätsbegriff, der sich lediglich an der geltenden Rechtsordnung als Maßstab für die Paritätslage orientieren will und eine Bewertung der Rechtstatsächlichkeit per definitionem ablehnt, kann daher nicht überzeugen.[561]

Imparität als Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit bzw. als Kennzeichen fehlender Vertragsgerechtigkeit zu identifizieren, beruht damit maßgeblich auf dem von *W. Schmidt-Rimpler* entwickelten Leitgedanken[562], der Richtigkeitslehre. An der von *W. Schmidt-Rimpler* entwickelten Konzeption wird trotz Kritik und kleinerer Abwandlungen[563] bis heute (zum Teil auch unausgesprochen) noch festgehal-

[551] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 195 m. w. N.
[552] *G. Hönn*, Kompensation struktureller Vertragsparität, S. 99ff.
[553] *G. Hönn*, Kompensation struktureller Vertragsparität, S. 99.
[554] *G. Hönn*, Kompensation struktureller Vertragsparität, S. 101.
[555] *G. Hönn*, Kompensation struktureller Vertragsparität, S. 101f.
[556] *G. Hönn*, Kompensation struktureller Vertragsparität, S. 102.
[557] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 200.
[558] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 190.
[559] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 200.
[560] *J. Limbach*, KritV 1986, 165 (183) m. w. N.
[561] So auch *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 190; ähnlich *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 200.
[562] Vgl. *W. Enderlein*, RdA 1995, 264 (264).
[563] Siehe Nachweise bei *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 133ff.

ten.[564] Die Kritik richtet sich allerdings auf die Folgefrage der Richtigkeitslehre, nämlich der Frage, wann Imparität in dem Maße vorliegt, dass dadurch die Vertragsfreiheit in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtigt werde.[565]

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass Verträgen im Normalfall[566] eine Richtigkeitsvermutung aufgrund des die gegnerischen Interessen ausgleichenden Verfahrens zukommt. Von der Rechtsordnung wird grundsätzlich, mangels Möglichkeiten der Feststellung des Gewichts der jeweiligen Vertragsseiten, ein bestehendes Gleichgewicht zwischen den Vertragsseiten vermutet.[567] Bei evidenten Imparitäten ist aber ein Eingreifen der Rechtsordnung von Nöten. Welche Fälle es auszugleichen gilt, lässt *W. Schmidt-Rimpler* offen. Dies ist aber wohl mehr dem Umstand geschuldet, dass er diese Entscheidung dem einfachen Gesetzgeber überlassen will, als der Ungenauigkeit seines Modells.

Innerhalb der Vertragsfreiheit steht (genau wie bei anderer Rechtsetzung) neben der freiheitlichen Dimension der Parteien immer auch die übergeordnete Dimension der Gerechtigkeit. Vertragsfreiheit ist dabei aber nicht als absolutes Gut zu verstehen, sondern immer in seinem Spannungsverhältnis zur Vertragsgerechtigkeit. Dies wird treffend von *F. Rödl* wie folgt beschrieben:

> *„Die private Autonomie, um die es im Privatrecht geht, bedeutet im Vertragsrecht nicht das Recht, Verträge beliebigen Inhalts zu schließen. Sie bedeutet nur das Recht, gerechte Verträge zu schließen. […] Die einzige Einschränkung ist diejenige, dass der nach Belieben eingegangene Vertrag mit beliebigem Inhalt und beliebigem Gegenüber gerecht sein muss. Eigentlich ist das gar nicht viel verlangt.“*[568]

c. Störungsfelder der Richtigkeitsgewähr durch fehlende Parität der Vertragsseiten

Verträgen, welche auf der Machtstellung einer Partei beruhen, fehlt aufgrund der Vertragsungerechtigkeit und des autonomen Handlungsdefizits tendenziell die Richtigkeitsvermutung.[569] In diesen Fällen, in denen zwischen den Vertragspartei-

[564] So auch *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 184; vgl. *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 184 m. w. N.; *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 190; *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 1; *W. Enderlein*, RdA 1995, 264 (264, 265f.) m. w. N.

[565] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 184.

[566] Dieser Standardfall wird allerdings unterschiedlich betont, so beschreiben *K. Larenz/M. Wolf* diesen Fall annähernd gleicher Verhandlungsstärke als „Idealfall“, *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 2 Rn. 3, *F. Rödl* spricht dagegen vom „Normalfall“, *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (S. 88).

[567] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14).

[568] *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (S. 88).

[569] *M. Becker*, Der unfaire Vertrag, Vorwort S. III.

en ein „evidentes Mißverhältnis“ bzw. Kräfteungleichgewicht faktisch kaum Vertragsfreiheit zulässt, ist die Vertragsfreiheit der überlegenen Partei einzuschränken.[570]

Zur Bewältigung der Problematik, wann die Vertragsfreiheit einer überlegenen Vertragsseite einfachgesetzlich einzuschränken ist, wurden anhand typisierender Betrachtung verschiedene Kriterien herausgearbeitet, die eine typischerweise fehlende Parität ausweisen.[571]

aa. Wirtschaftliche Unterlegenheit

Voraussetzung der Privatautonomie im marktwirtschaftlichen System ist, dass die Privatrechtssubjekte insoweit frei sind, dass ihre Verträge von beiden Seiten gleich intensiv beeinflussbar sind und die Vertragsergebnisse als autonom bezeichnet werden können.[572] Die Funktionsfähigkeit der Privatautonomie darf weder durch kaum angreifbare Übermacht noch durch unüberwindbare Unterlegenheit einzelner Marktteilnehmer[573] gefährdet werden. Zwar ist nicht jedes unvorteilhafte Rechtsgeschäft nichtig und damit nicht durchsetzbar,[574] dennoch ist zunächst das wohl am häufigsten genannte Kriterium fehlender Richtigkeit und Kennzeichen einer Imparität die wirtschaftliche Unterlegenheit.[575]

Wirtschaftliche Unterlegenheit ist anzunehmen, wenn der Unterlegene auf den Vertragsabschluss – im Gegensatz zu der anderen Vertragsseite – aus verschiedenen Gründen angewiesen ist.[576]

Gegen dieses Kriterium wird angeführt, dass wirtschaftliche Übermacht nicht uneingeschränkt zu Lasten der unterlegenen Partei durchgesetzt werden könne, da der Wettbewerb diese Übermachtstellung durch den vorherrschenden Markt neutralisiere und außerdem eine solche Übermacht kaum ermittelbar sei.[577] Zudem sei kaum feststellbar, wann wirtschaftliche Unterlegenheit tatsächlich vorliege.[578]

---

[570] BVerfGE 60, 329 (339); *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 15, 5; *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 171; *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 107f m. w. N.

[571] Siehe hierzu beispielsweise bei *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 6ff.; *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 185ff.

[572] *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 17.

[573] *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 18.

[574] *M. Becker*, Der unfaire Vertrag, Vorwort S. III; *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (85ff.).

[575] *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 12f.; *F.J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle, S. 92ff.; *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 7; *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 12; *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S:185 m. w. N.

[576] *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 7.

[577] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 185.

[578] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 185.

Dem ist aber zu entgegnen, dass wirtschaftliche Überlegenheit durch Monopole oder oligopolistische Anbieter erzeugt werden kann, indem die relevanten Marktteilnehmer zu grundsätzlich gleichen Bedingungen (sehr ähnlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen) anbieten.[579] Außerdem soll das Kriterium der wirtschaftlichen Unterlegenheit in erster Linie ein Grobraster darstellen. Die Fallgruppe existentieller Abhängigkeit von dem Vertragsschluss[580] ist ebenfalls unter die „Obergruppe" wirtschaftliche Unterlegenheit zu fassen.

bb. Informationelle Unterlegenheit

Als weiteres Kennzeichen für eine nicht hinnehmbare Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragsseiten und darauf basierender fehlender Richtigkeit wird die informationelle Unterlegenheit angeführt. Dabei wird im Informationsgefälle zwischen den Vertragsseiten der Ursprung für eine die Richtigkeit beeinträchtigende Imparität gesehen.[581] Informationelle Unterlegenheit einer Vertragsseite ist gegeben, wenn eine sachgerechte Interessenwahrnehmung wegen eines Mangels an relevanten Informationen nicht ermöglicht wird.[582] Das Gerechtigkeitsdefizit werde somit durch einen Mangel an Informationen auf einer Vertragsseite hervorgerufen.[583] Kompensationserfordernisse könnten weitgehend durch ausreichende Informationen befriedigt werden.[584] Zur Verhinderung eines Dissenses zwischen den Vertragspartnern sei es von immenser Wichtigkeit, dass „jeder Vertragspartner die ihm bekannten, für die Entscheidung des anderen Teils erheblichen Umstände zu offenbaren" habe und „für bestimmte wesentliche Verträge auch eine Informationsbeschaffungspflicht des gegenstandsnäheren Teils statuiert" werde.[585]

Eine Untergruppe der informationellen Unterlegenheit ist die Unterlegenheit einer Vertragsseite aufgrund mangelnder Erfahrung.[586]

---

[579] *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 7.

[580] *M. Geißler*, JuS 1991, 617 (621); *L. Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, S. 232ff.; *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 188.

[581] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 187.

[582] *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 8f.; *B. Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 63ff.

[583] *B. Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 69.

[584] *B. Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung Sonderprivatrechts für Verbraucher, S. 67; vgl. auch *W. Zöllner*, Gerechtigkeit im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, S. 1297 (1313).

[585] *W. Zöllner*, Gerechtigkeit im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, S. 1297 (1313).

[586] In dem zur Entscheidung zugrunde liegenden Fall waren die Bürgen beide Anfang Zwanzig (Tochter und Schwiegersohn in spe der Kreditnehmer), hatten keine qualifizierte Ausbildung und übernahmen die Bürgschaft für einen Kredit über 250.000 DM, siehe BVerfG, Beschluss vom 05.08.1994 – 1 BvR 1402/89 – NJW 1994, 2749 (2749). Zum Teil wird die Ungleichgewichtslage zwischen Bürgen und Kreditinstitut mit der unterlegenen Stellung der Bürgen aufgrund ihrer mangelnden Erfahrung begründet, *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 18: „Außer

Die klare Feststellung, dass zur selbstbestimmten und selbstverantwortlichen Entscheidung zu einem Vertragsschluss die Informationslage der Partei elementarer Bestandteil ist, verdient sicherlich Zustimmung.[587] Ob allerdings durch eine gleiche Informationsgrundlage eine wirtschaftlich schwache Partei, den für sie schlechten Vertragsschluss ablehnen kann, bleibt fraglich.[588] Denn auch wenn beide Seiten mit den gleichen Informationen versorgt sind, so ist dies kein Umstand, welcher eine Unterlegenheit aufgrund wirtschaftlicher Imparität kompensiert.[589]

Aufgrund ihrer Kategorisierung als schuldrechtliche Verträge zwischen den Tarifvertragsparteien kann für die Tarifverträge nichts anderes gelten. Für die wesentlichen Bestandsteile (essentialia negotii) eines schuldrechtlichen Vertrages muss gelten, dass beide Seiten entscheidende Informationen dem gegenüberstehenden Vertragspartner mitteilen.

cc. Psychische Unterlegenheit

Als drittes nennenswertes Kriterium ist die psychische Unterlegenheit einer Vertragsseite zu nennen, welche ursächlich für ein Gerechtigkeitsdefizit sein kann. Psychische Unterlegenheit ist in den Fällen gegeben, in denen eine angemessene Interessenwahrnehmung aufgrund einer unfreien Verhandlungssituation beeinträchtigt wird.[590] In diesen Fällen geht die Unterlegenheitsposition mit nicht vorhandenen bzw. nicht verstandenen Informationen ein. Insbesondere bei Bürgschaftsfällen wird die Einordnung schwierig, da oftmals auch andere Aspekte, wie die Unterlegenheit aufgrund mangelnder Abschätzung der rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen, hinzu treten.

Durch verschiedene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz des einzelnen Vertragsteils vor Fremdbestimmung, wie etwa der Handelsvertreterentscheidung,[591] den Fällen der Bürgschaft durch Nähepersonen[592] oder der Entscheidung zur gestörten Vertragsparität bei Eheverträgen[593] hat das Ge-

---

auf der wirtschaftlichen Ebene kann ein Verhandlungsungleichgewicht auch im Bereich des Überblicks über die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen eines Vertrages liegen. Hier ist die Gefahr einer in Wirklichkeit fremdbestimmten Vertragsfreiheit größer als bei einem rein wirtschaftlichen Machtgefälle.“

[587] So auch *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S: 195ff.; *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 188.

[588] *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 195ff.; ähnlich *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 188.

[589] So auch *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 188; *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 195f.

[590] *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 42 Rn. 10f.

[591] BVerfGE 81, 242ff.

[592] BVerfGE 89, 214 (232ff.).

[593] BVerfG, Urteil vom 06.02.2001 – 1 BvR 12/92 – NJW 2001, 957ff.

richt die staatliche Schutzpflicht vor Fremdbestimmung im Gewande der Privatautonomie bestätigt.[594]

d. Richtigkeitsgewähr des Vertrages bei Kräfteparität

Den Staat trifft hinsichtlich der Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG sowohl eine Ausgestaltungspflicht als auch eine Einschreitenspflicht in den Fällen, in denen die Vertragsfreiheit der einen Partei zu einer nicht hinnehmbaren Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit und Fremdbestimmung der anderen Partei wird. Die von *W. Schmidt-Rimpler* entwickelte Richtigkeitslehre versucht, aufkommende Spannungen zwischen Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit durch das Erfordernis des annähernden Kräftegleichgewichts zwischen den Vertragsparteien zu lösen. Die später entwickelten Kriterien, anhand derer eine Widerlegung der Richtigkeitsvermutung von Individualverträgen angenommen wird, können lediglich Indizwirkung für die Vertragsungerechtigkeit haben. Zwar tragen die Kriterien maßgeblich zur einfachgesetzlichen Handhabbarkeit des Problems der Parität bei, allerdings kann nicht automatisch bei Vorliegen eines oder mehrerer Kriterien darauf geschlossen werden, dass die Vertragsfreiheit einer Seite dadurch in der Weise beeinträchtigt wird, dass die Rechtsordnung eine Schutzpflicht zum Einschreiten und zur Herstellung von Balance hat. Die Richtigkeit eines Vertrags hängt letztlich vom Einzelfall ab, d.h. davon, inwiefern die Freiheitsausübung Berechtigung findet, weil sie zu gerechten Ergebnissen führt.

Es kann sich bei der Überprüfung, ob zwischen den Vertragsparteien ein nicht hinnehmbares Ungleichgewicht vorherrscht, das eine Unrichtigkeit des Vertrages wegen Vertragsungerechtigkeit auslöst, wegen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Vertrages als Rechtsinstitut und freiheitliche Größe der Privatautonomie nur um eine Evidenzkontrolle der Unterlegenheit handeln.

Verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit ist dann gegeben, wenn ein annäherndes Gleichgewicht besteht, denn diesem Vertrag kann Richtigkeit unterstellt werden. Parität ist somit zur Verwirklichung der Vertragsfreiheit von immenser Bedeutung, auch wenn der Begriff keine messbare Größere zu vermitteln vermag.[595] Liegen Kriterien vor, welche die Richtigkeit eines Vertrages in Frage stellen und ergibt eine Prüfung des Einzelfalls ein evidentes Ungleichgewicht, so muss die Rechtsordnung der unterlegenen Partei Schutz zukommen lassen, sei es durch den Rechtsanwender bei der Auslegung des einfachen Rechts unter Beachtung der Grundrechte oder durch den Gesetzgeber.

---

[594] *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 108, 107.

[595] So auch *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 191.

Ist ein Kräfteungleichgewicht zwischen zwei Vertragsparteien auszumachen, welches zu inakzeptablen Vertragsergebnissen führt, weil es sich bei dem Vertrag um ein einseitiges fremdbestimmtes Diktat handelt, so besteht eine „richterliche Interventionspflicht zum Schutz der schwächeren Partei, jedenfalls im Verbot der Sanktionierung des unfairen Vertrags“.[596]

Der unfaire Vertrag ist zum einen für die benachteiligte Partei nicht bindend und zum anderen für die begünstigte Partei gleichzeitig nicht durchsetzbar.[597] „Unfair“ ist der Vertrag, im Wesentlichen dann, wenn er „keinen beiderseitigen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu leisten vermag“.[598]

3. *Schutzkonzeption im Arbeitsvertragsrecht: das Kompensationsmodell der Tarifautonomie*

Art. 9 Abs. 3 GG ist eine „prinzipielle Absage an eine umfassende staatliche Bestimmung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen immanent“.[599] Daher entschied sich der Gesetzgeber im Arbeitsvertragsrecht für die Tarifautonomie als Instrument zur Findung sozial angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, insbesondere zur Findung eines gerechten Lohns.

Aus der Verfassungsgenese Art. 9 Abs. 3 GG wird die Tarifautonomie zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleistet; einfachgesetzlich wird sie im TVG bzw. durch Richterrecht ausgestaltet. Sowohl der verfassungsgebende als auch der einfache Gesetzgeber haben sich für das Koalitionssystem als Kompensationsmodell entschieden. Allerdings ist die Möglichkeit der Kompensation struktureller Unterlegenheit durch Zusammenschluss vieler „Schwächeren“ in der Form der Tarifautonomie eine mögliche Form unter vielen, um einen angemessenen Ausgleich zu schaffen.

Durch die Mobilisierung der einzelnen Arbeitnehmer und die Formation einer Vereinigung der Arbeitnehmer wird zum Arbeitgeber eine „Gegenmacht“ geschaffen und so das festgestellte Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien im Arbeitsvertragsrecht behoben. Es wird darauf vertraut, dass die Tarifvertragsparteien als kollektive Interessenverbände im Vergleich zur staatlichen Gesetzgebung im „System von Macht und Gegenmacht, von Gewicht und Gegengewicht“ die gerechteren Arbeitsbedingungen erzielen.[600] In solchen Fällen des Kräfteungleichgewichts innerhalb von Vertragsbeziehungen kann der Gesetzgeber nach seinem Ermessen die Entscheidung über ein die antagonistischen Kräfte ausgleichendes Instrument treffen. Das Funktionsdefizit zwischen den Vertragsparteien auf privatautonomer Ebene kann ausbalanciert werden.[601]

---

[596] *M. Becker*, Der unfaire Vertrag, S. 2f.
[597] *M. Becker*, Der unfaire Vertrag, S. 5f.
[598] *M. Becker*, Der unfaire Vertrag, S. 6.
[599] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 21.
[600] *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 21.
[601] *C.-W. Canaris*, JuS 1996, 761 (762).

Es entspricht dem Freiheitsgedanken der Tarifautonomie, welcher in erster Linie eine Rechtsetzung jenseits staatlicher Rechtsetzungsmacht – parallel zur Vertragsfreiheit – gewährleistet, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung weitgehend die Kollektivvereinbarungen der Tarifvertragsparteien zu respektieren zu haben. Dem Grundgesetz ist, wie bereits erläutert, ein Gebot der staatlichen Neutralität innerhalb des Koalitionswesens immanent.[602] Die Pflicht zur Anerkennung eines staatsfreien Autonomie- und Gestaltungsbereichs der Tarifvertragsparteien besteht allerdings nur, solange ein intaktes Koalitionsverfahren existiert, was die Parität zwischen den Koalitionspartnern voraussetzt. Bei Bedrohung der Funktionsfähigkeit des Koalitionsverfahrens ist der Staat somit zu aktivem Handeln berechtigt und verpflichtet, um positiven Funktionsschutz sicherzustellen, welcher sich jedoch auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt. Es handelt sich bei den Fällen der Handlungspflicht des Staates um nicht hinnehmbare Ungleichgewichtslagen, die auf außerrechtlichen bzw. tatsächlichen (natürlichen, wirtschaftlichen, sozialen oder anderen tatsächlichen) Umständen beruhen.[603]

a. Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch Kräftegleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien

„Funktionsfähig ist die Tarifautonomie […] nur, solange zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Kräftegleichgewicht – Parität – besteht […].“[604]

Voraussetzung der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft ist, genauso wie bei der Vertragsfreiheit,[605] dass sich gleich starke Parteien gegenüber stehen und kein erhebliches Kräfteungleichgewicht zwischen ihnen herrscht.[606] Das Gleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien als Voraussetzung ist deshalb so existentiell, weil die Tarifautonomie ebenso wie die Privatautonomie Quelle der Rechtsgestaltung[607] ist. Lediglich die auf Gleichgewicht beruhenden Kollektivvereinbarungen verdienen die für den Einzelvertrag entwickelte Richtigkeitsgewähr.

Fundament einer gedeihlichen und funktionierenden Tarifautonomie sind zwei gleich starke Vertragsparteien.[608] Nur durch gleichwertige Mitwirkung der Tarifvertragsparteien ist Tarifautonomie für den Staat verantwortbar.[609]

---

[602] Siehe hierzu Zweites Kapitel: A. IV.

[603] *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 13.

[604] BVerfGE 92, 365 (395).

[605] *U. Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 133.

[606] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (12).

[607] Selbst Stimmen in der Literatur, die der Tarifautonomie absprechen eine originäre Rechtsquelle zu sein, bejahen die Regelungskompetenz aber aufgrund Ableitung von einer originären Regelungskompetenz (Staat oder Individuum.), siehe *E. Picker*, Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, in: Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben, S. 11 (S. 27).

[608] *U. Zachert*, KJ 1997, 411 (422ff.) m. w. N.

[609] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (12f.); vgl. auch *D.W. Belling*, ZfA, 1999, 547ff.

Nur wenn ein funktionierendes Tarifvertragssystem gewährleistet wird, können Kollektivverbände ihrer Hauptfunktion als Interessenvereinigungen gerecht werden und Funktionsdefizite auf Ebene der Privatautonomie durch Handeln auf der Ebene der Kollektivautonomie kompensieren[610]. Die Rechtsordnung ist aus Art. 9 Abs. 3 GG dazu verpflichtet, die Voraussetzungen für die Freiheitsausübung der Koalitionen zu schaffen und das Koalitionswesen so auszugestalten, dass eine staatsfreie, autonome Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingung durchführbar ist.[611] Das Bundesverfassungsgericht benutzt in diesem Zusammenhang regelmäßig den Topos der „Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems“. Der Staat hat also aufgrund des leistungsrechtlichen Gehalts[612] von Art. 9 Abs. 3 GG bzw. seiner grundrechtlichen Schutzpflicht[613] ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem bereitzustellen.

Das Paritätsgebot ist Art. 9 Abs. 3 GG als Kernzelle des Tarif- und Arbeitskampfmodells zu entnehmen.[614] Ein bestimmtes Modell der Parität ist aber aus der Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu folgern.[615] Denn lediglich die auf Gleichheit basierenden Verhandlungsergebnisse der Tarifvertragsparteien bringen einen tatsächlich sozial angemessenen und gerechten Ausgleich und verdienen deshalb die Richtigkeitsgewähr. Dies veranschaulicht der hinter Art. 9 Abs. 3 GG stehende Gerechtigkeitsgedanke, der besagt, dass durch die Auseinandersetzung der Kollektive die Gerechtigkeitsdefizite und nicht nur die Freiheitsdefizite aufgehoben werden.

R. Scholz schreibt:

> *„Wenn das soziale System des Koalitionsverfahrens funktionieren soll, wenn die jeweils zwischen den Tarifpartnern erzielten sozialen Kompromisse die Vermutung der autonomen Richtigkeitsgewähr rechtfertigen sollen (und hiervon geht Art. 9 Abs. 3 GG aus), so muß zwischen beiden Seiten Gleichberechtigung und Gleichgewichtigkeit gewahrt sein.“*[616]

Wenn man die Gleichheit zwischen den Tarifvertragsparteien nicht notwendigerweise als System- und Funktionsvoraussetzung ansehen würde, würde das in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG erklärte Bestimmungsziel der Koalitionen ad absurdum geführt werden, da Koalitionen nicht in der Lage wären, auf Augenhöhe mit ihren Vertragspartnern zu verhandeln. Die Dialektik zwischen Vertragsfreiheit und Ver-

---

[610] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 22 m. w. N.

[611] Vgl. *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 33ff.

[612] *W. Höfling*, in Sachs, GG, Art. 9 Rn. 77.

[613] *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (S. 304f.).

[614] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 287ff. m. w. N.; *K. Ruhland*, Arbeitskampfparität, S. 16 m. w. N.; *N. Heenen*, Kampfparität und bilaterales Monopol, S. 21 m. w. N.; *R. Scholz/H. Konzen*, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, S. 168ff. m. N.

[615] BVerfGE 92, 365 (395).

[616] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 287.

tragsgerechtigkeit ist bei der Frage nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien die Dialektik zwischen Neutralität und Handlungspflicht des Staates. Durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG hat die Verfassung aber das Verhältnis zwischen vorgefundenen Kräften und sozial angemessenen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen klar entschieden:

Das System der Tarifautonomie ist geschaffen als mögliches Konzept der Rechtsgestaltung für die Arbeitswelt, um so strukturelle Gerechtigkeitsdefizite auf Einzelvertragsebene, der Privatautonomie, durch die Tarifautonomie herzustellen.

Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist nur dann gewährleistet, wenn seine Hauptakteure gleichberechtigte und gleich gestellte Vertragspartner sind. Aus der Verfahrensgarantie der Koalitionsfreiheit[617] ergibt sich Folgendes: Die Funktion eines auf der Kollektivautonomie basierenden Systems, welches das Funktionsdefizit der Privatautonomie im Arbeitsrecht behebt, kann nur zweckerfüllend sein, wenn auf Ebene der Kollektivautonomie die Ungleichheit nicht hochgezont, sondern im Gegenteil, ausgeglichen wird.

Die Funktionsfähigkeit des Systems der Tarifautonomie bemisst sich somit nach dem Gleichgewicht der Kräfte bei Verhandlungen. Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems ist ein ungefähres Gleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien.[618]

b. Anwendbarkeit der Richtigkeitsvermutung des Individualvertrages auf den Tarifvertrag

W. Schmidt-Rimpler sprach sich als Urheber der Richtigkeitslehre selbst gegen die Anwendung seiner Lehre auf den Tarifvertrag aus.[619] Er begründete dies damit, dass sich die Tarifvertragsparteien im Gegensatz zu den anderen Vertragspartnern nicht in einem funktionierenden Markt befinden würden und Tarifvertragsparteien somit nicht endgültig auf die Leistung des anderen verzichten könnten.[620] Eine Kampfsituation bleibe daher bestehen, bei der es letztlich nur darauf ankäme, wer länger durchhalten würde.[621] Denn den Tarifvertragsparteien fehle, im Gegensatz zu Vertragsparteien auf einzelvertraglicher Ebene, eine ernsthafte Verweigerungsoption.[622]

[617] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. II. 4. d.

[618] *U. Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 245.

[619] *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S. 3 (S. 13).

[620] *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S. 3 (S. 13).

[621] *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S. 3 (S. 13).

[622] *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, S. 3 (S. 13).

Im Gegensatz zu *W. Schmidt-Rimpler* übertrug das BAG die Richtigkeitslehre schon Ende der 1960er Jahre auf den Tarifvertrag ohne größere Begründung.[623] Der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts bezüglich der Anwendung der Richtigkeitslehre auf den Tarifvertrag wurde überwiegend von Vertretern aus der Wissenschaft[624] gefolgt.

aa. Funktionierender Markt samt Verweigerungsoption als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Richtigkeitslehre

Für die Anwendbarkeit seiner Richtigkeitslehre setzt *W. Schmidt-Rimpler* somit voraus, dass Vertragsparteien tatsächlich jeweils eine Verweigerungsoption haben, endgültig auf die Leistung des anderen zu verzichten. Eine solche Verweigerungsoption besteht aber nur in einem funktionierenden Markt, der folglich eine zusätzliche Voraussetzung bzw. eine Voraussetzung für die Verweigerungsoption darstellt.

Liegt ein funktionierender Markt vor, in dem die Vertragsparteien die Anbieter der Produkte frei wählen können, so sorgt der Markt selbst für einen interessengerechten Ausgleich zwischen den Vertragsseiten und für interessengerechte Vertragsbedingungen.[625] Ein Strukturmerkmal des marktwirtschaftlichen Systems ist es, dass jede Vertragspartei insofern frei ist, als dass jede Seite gleich stark auf den Vertragsinhalt einwirken kann und deren Entschlüsse das Attribut „autonom" verdienen.[626] Der wirtschaftlich Schwächere könnte innerhalb eines funktionierenden Marktes die Möglichkeit ergreifen, einen anderen, ihm günstigeren Vertragspartner zu wählen.[627] Denn innerhalb eines funktionierenden Marktes regulieren sich die Marktpreise insofern zu angemessenen Vertragsergebnissen, als dass jede Vertragspartei fähig ist, auf andere Marktteilnehmer bei Vorliegen günstigerer Vertragsbedingungen auszuweichen. Liegt allerdings kein funktionierender Markt vor, ist die Gefahr groß, dass formal selbstbestimmte Vertragsfreiheit eindeutig zur Fremdbestimmung mutiert, denn das Ergebnis von solchen Vertragsverhandlungen ist nicht das Ergebnis freier Selbstbestimmung.[628] Ist aber aus irgendwelchen Gründen (beispielsweise aufgrund einer Monopolstellung) kein funktionierender Markt vorhanden, so muss das „Recht korrigierend" eingreifen.[629]

---

[623] Ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; statt vieler BAGE 22, 144 (151); 23, 460 (463ff., 465); 33, 140 (149); 48, 195 (200ff.); 84, 282 (288f.); 117, 308 (320f.).

[624] *W. Enderlein*, RdA 1995, 264 (266ff.); *C.-W. Canaris*, AcP 1984, 201 (244f.); *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 284ff., S. 695ff.; *B. Waas*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK-ArbR, § 1 TVG Rn. 13; *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 327 m. w. N.

[625] *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 12ff., 14, 18; vgl. auch *M. Becker*, Der unfaire Vertrag, S. 6.

[626] *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 17.

[627] *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 13.

[628] *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 14f., 18.

[629] *M. Becker*, Der unfaire Vertrag, S. 6.

Für Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften liegt kein funktionierender Markt vor.[630] Zwar entwickelt sich in bestimmten Bereichen Gewerkschaftspluralismus.[631] Doch können insbesondere Gewerkschaften letztlich nicht auf einen Tarifvertrag verzichten bzw. auf einen anderen Vertragspartner ausweichen, da sie für ihre Mitglieder vor allem nach Flächentarifverträgen streben müssen.[632]

Daher ist im Tarifvertragsrecht den besonderen Umständen hinsichtlich des Verhandlungsgleichgewichts der Vertragsparteien Rechnung zu tragen: Während auf einzelvertraglicher Ebene die Funktionsprinzipien des Marktes und der Wettbewerb für austarierte Positionen der (potentiellen) Vertragsparteien Sorge tragen, ist ein Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Tarifvertragsparteien kaum gegeben, weshalb das Gleichgewicht der Tarifvertragsparteien nicht durch den Markt ausbalanciert werden kann, sondern vielmehr durch die Rechtsordnung gewährleistet werden muss.[633]

Wird kein Gleichgewicht durch rechtliche Ausgestaltung generiert, so verdienen die Ergebnisse der Tarifvertragsverhandlungen auch keine Richtigkeitsvermutung/-gewähr.

bb. Kompensation der fehlenden Verweigerungsoption der Tarifvertragsparteien durch Arbeitskampfrecht

Festzuhalten ist, dass den Tarifvertragsparteien, insbesondere den Gewerkschaften, eine Verweigerungsoption fehlt und dies dazu führt, dass eine Ungleichgewichtslage zwischen den Tarifvertragsparteien besteht. Die Rechtsordnung hat somit dafür Sorge zu tragen, dass diese Ungleichgewichtslage behoben wird, da anderenfalls die Tarifverträge keine Richtigkeitsgewähr verdienen und auch das schon auf einzelvertraglicher Ebene bestehende Ungleichgewicht nicht kompensiert, sondern nur verschoben würde. Wie erläutert, ist der Koalitionsfreiheit die Voraussetzung eines Kräftegleichgewichts zu entnehmen, wobei aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG nicht unmittelbar ein konkreter Maßstab folgt, wann das Gleichgewicht anzunehmen sei.[634] Nach dem sog. Gebot der Kampfparität bzw. der Waffengleichheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG[635] soll zwischen den Tarifvertragsparteien ein hinreichendes Verhandlungs- und Kräftegleichgewicht gewährleistet werden.[636] Nur durch die Sicherstellung der Gleichheit zwischen den Tarifvertrags-

---

[630] So auch *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 329.

[631] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 329; siehe hierzu weiterführend *S. Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus.

[632] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 329.

[633] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 369.

[634] Siehe hierzu Zweites Kapitel: A. IV., B.

[635] Kritisch zur Kampfparität als Grundsatz aus Art. 9 Abs. 3 GG *B. Rüthers*, Juristische Analysen 1970, 3ff.

[636] Statt vieler: BAG, Urteil vom 10.06.1980 – 1 AZR 822/79 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 64.

parteien ist ein gerecht werdender Interessenausgleich möglich.[637] Waffengleichheit, Kampfparität oder Verhandlungsparität, also die paritätische Stellung der Tarifvertragsparteien sind essentielle Funktionsvoraussetzungen für das Tarifsystem.[638] Die Fachtermini der „Waffengleichheit“ oder „Kampfparität“ wurden vor allem in der Anfangszeit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht gebraucht. Mittlerweile wird der Begriff des „Verhandlungsgleichgewichts“ bevorzugt. Anhand dieses Begriffswandels wird auch die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von einem formellen Paritätsbegriff hin zu einem materiellen Paritätsbegriff deutlich.[639] Dies ist zurückzuführen auf die wachsende Erkenntnis, dass schon am Verhandlungstisch, also sobald die Koalitionen die Tarifautonomie ausüben, ein Gleichgewicht bestehen muss, welches sich dann auf der Stufe des Arbeitskampfes fortsetzt.[640] Die zunächst für das Arbeitskampfrecht entwickelten Paritätsvorstellungen sind mithin auch für die Frage der Ausgestaltung des Kräftegleichgewichts bei der Ausübung der Tarifautonomie, also der Verhandlungsparität, anwendbar,[641] da das Arbeitskampfrecht ohnehin in einem funktionell dienenden Verhältnis zur Tarifautonomie steht. Notwendige Funktionsvoraussetzungen für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist das Arbeitskampfrecht, denn Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie ohne Streik als ultima ratio wären nicht effektiv und druckvoll ausübbar. Das Verhältnis zwischen Tarifautonomie und Arbeitskampffreiheit ist somit von dem Gedanken bestimmt, dass die Arbeitskampffreiheit notweniger Annex der Tarifautonomie ist,[642] aber letztlich auch als Bestandteil der Tarifautonomie zu werten ist.

Als Kompensation zur Verweigerungsoption der Vertragspartner wurde und wird den Tarifvertragsparteien die rechtmäßige Möglichkeit des Gebrauchs von Kampfmitteln bereitgestellt.[643] Hierdurch werden beide Seiten innerhalb der Tarifvertragsverhandlungen in die Lage versetzt, die gegnerische Seite durch Kampfmitteldrohung zu einem bestimmten Vertragsinhalt zu bewegen.[644]

---

[637] Vgl. BVerfGE 18, 18 (32); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 287 m. w. N.

[638] *R. Scholz/H. Konzen*, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, S. 169ff.; *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (12).

[639] Siehe hierzu weiterführend und eingehend *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (9ff.).

[640] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 939.

[641] So auch *O. Ricken*, Autonomie und tarifliche Rechtsetzung, S. 230.

[642] Statt vieler BVerfGE 84, 212 (225); 88, 103 (114); 92, 365 (393f.); *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 939ff.

[643] *G. Thüsing*, in: Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 258; *W. Enderlein*, RdA 1995, 264 (266, 273); *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 329ff.

[644] *G. Thüsing*, in: Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 258; *W. Enderlein*, RdA 1995, 264 (266): „Im Falle der Tarifverhandlungen geht es um die Drohung, einen Arbeitskampf durchzuführen oder fortzusetzen. Wenn die Kampfmittel der Tarifvertragsparteien in einer Weise ausgeglichen sind, daß jede Partei die andere durch die Kampfdrohung dazu bewegen kann, von der vom anderen jeweils für unrichtig gehaltenen Forderung abzurücken, ist eine ähnliche Situation erreicht wie im Fall der möglichen endgültigen Verweigerung.“

Aufgrund der rechtlichen Ausgestaltung des Arbeitskampfrecht durch Richterrecht ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung die Richtigkeitsgewähr auf den Tarifvertrag für anwendbar erachtet, da typischerweise durch das bereitgestellte Arbeitskampfrecht keine Vertragsseite eine evidente Übermachtstellung innehat.[645] Genauso wie jede Partei des Tarifvertrages die Möglichkeit zum Arbeitskampf erhält, so muss auch jede Partei die gegebenenfalls frappierenden finanziellen Konsequenzen eines solchen Kampfmittels tragen: Der Produktionsausfall auf Arbeitgeberseite im Falle der Aussperrung und spiegelbildlich die Zahlung von Streikgeld im Falle von Streik auf der Arbeitnehmerseite führten dazu, dass beide Vertragsseiten ein Interesse daran hätten, dass Arbeitskampfmittel sehr bedacht und maßvoll eingesetzt würden und gewisse Eingeständnisse auch ohne die Ausübung des Arbeitskampfes hingenommen würden.[646]

Durch die Bereitstellung eines beiderseitigen Arbeitskampfrechts bei gleichmäßiger Zuteilung von Kampfmitteln an beide Seiten[647] und die gleiche Behandlung dieser Kampfmittel[648] werde von einem Gleichgewicht zwischen den Vertragsparteien ausgegangen, weshalb die Richtigkeit der Tarifabschlüsse angenommen werden könne.

Diese vor allem früher vertretene Auffassung der Parität[649] wird als formelles Paritätsverständnis bezeichnet. Das formelle Paritätsverständnis stützt sich auf die historische Entwicklung des Arbeitsrechts und das Neutralitätsgebot des Staates.[650] Die diesem Verständnis zugrunde liegende Prämisse, dass durch die gleichmäßige Zuweisung und Behandlung der Arbeitskampfmittel ein Kräftegleichgleichgewicht besteht, wird jedoch nicht überprüft.[651]

Die sog. normativen Konzeptionen der Parität [652] betrachten nicht die rechtstatsächlichen Umstände, sondern knüpfen an die normative Lage an und bejahen Parität aufgrund der rechtlichen Anerkennung von Streik und Aussperrung.[653] Sie laufen im Grunde auf ein formelles Paritätsverständnis hinaus.[654] Nach formellem und normativem Paritätsbegriff liegt Parität zwischen den Tarifvertragsparteien dann vor, wenn beide Vertragsseiten potentiell Arbeitskämpfe führen können.[655]

[645] BVerfGE 84, 212 (225, 229); BAGE 33, 140 (150ff., 162ff.); 48, 195 (200ff.).

[646] BVerfGE 84, 212 (225, 229); BAGE 33, 140 (150ff., 162ff.); 48, 195 (200ff.).

[647] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14).

[648] *T. Mayer-Maly*, DB 1979, 95 (98); *W. Reuss*, AuR 1963, 225 (225, 228).

[649] BAGE 1, 291 (311); 14, 52 (59); *W. Reuss*, AuR 1963, 225 (225, 228); *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 71 m. w. N.; *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 970 m. w. N.; *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (9, 12) m. w. N; vgl. auch BAGE 33, 140 (162ff.).

[650] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 71.

[651] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14).

[652] *T. Mayer-Maly*, RdA 1968, 432 (433f.); *T. Mayer-Maly*, DB 1979, 95 (98); *R. Richardi*, NJW 1978, 2057 (2061).

[653] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14).

[654] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14); *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II § 14 Rn. 72; ähnlich *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 970.

[655] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 387.

Ungeachtet bleibt sowohl beim formellen Paritätsverständnis als auch beim normativen Paritätsbegriff der Umstand, dass weder die gesetzliche Möglichkeiten, Arbeitskämpfe führen zu können, noch die rechtliche Gleichbehandlung der Arbeitskampfinstrumente der beiden Antagonisten notwendigerweise dazu führt, dass tatsächlich eine Kräftebalance zwischen den Vertragsseiten besteht. Beide Paritätsbegriffe klammern die Rechtstatsächlichkeit in einer den Sinn der Regelung entleerenden Weise aus ihrer Definition aus.

cc. Zwischenergebnis: Formelles Paritätsverständnis als erste Stufe der Kräfteparität zwischen den Tarifvertragsparteien

Würde der Abschluss eines Tarifvertrages lediglich von einer der beiden Tarifvertragsparteien abhängig sein, so könnte diese der anderen Partei ihre Forderungen diktieren.[656] In der Folge wären die Arbeitsbedingungen, zu welchen der Tarifvertrag geschlossen werden würde, und der Tarifvertrag selbst nicht frei ausgehandelt worden.[657] Die „Gewinnoption", nämlich die Möglichkeit beider Parteien in der Tarifauseinandersetzung einen für sich vorteilhaften Vertrag durchzusetzen, ist Funktionsbedingung der Tarifautonomie, d.h. durch die Möglichkeit von Abreden etwa gleich starker Antagonisten rechtfertigt sich die Anwendung der Richtigkeitsgewähr auf die Tarifautonomie.[658]

Kollektivautonomie in Form des Tarifvertragssystems ist eine verfassungsrechtlich gewährleistete Ordnung, die auf Gerechtigkeit gründet, weil ein bestimmtes Verfahren eingehalten wird.[659] Das System rechtfertigt sich aufgrund der Möglichkeit der Teilhabe der (beiden wirtschaftlichen und sozialen) Gegenspieler, weil dadurch ein angemessener Ausgleich der teilhabenden Betroffenen möglich erscheint.[660] Normativ wird die fehlende Verweigerungsoption der Tarifpartner durch das Arbeitskampfrecht richterrechtlich ausgeglichen. Das Verfahren wird eingehalten, sofern die Parteien annähernd gleich stark auf das Ergebnis Einfluss nehmen können und solange das Ergebnis auf diesem Verfahren basiert. Somit ist die Tarifvertragsfreiheit in ihren konsensualen Sinn zu setzen, d.h. als Vertrags-

[656] Vgl. *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 12; vgl. auch *M. Coester*, Jura 1992, 84 (88): „Es ist also nicht nur verboten (weil unverhältnismäßig), den Gegenspieler durch Arbeitskampf zu vernichten, man darf ihn schon nicht derart an die Wand drängen, daß ihm kein Chance bleibt, seine Interessen kompromißweise einzubringen: Man darf also nur ‚ein bißchen siegen', zum Wohle der Tarifautonomie nicht als aber zu ihrem Schaden."

[657] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 70; *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 330f.

[658] *M. Coester*, Jura 1992, 84 (88).

[659] Ebenso *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 615), der auf *J. Rawls* verweist.

[660] *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (S. 88, S. 92ff.).

freiheit im Kleid der (kollektiven) Gerechtigkeit, die auf diesem Verfahren gründet.[661]

Auf Ebene der Tarifautonomie bedarf es somit einer rechtlichen Ausgestaltung eines gleichmäßig verteilten, rechtmäßigen Arbeitskampfrechts, um bei typisierender Betrachtung ein Verhandlungsgleichgewicht zwischen den Vertragsparteien zu schaffen, da die Koalitionen ohne Druckmittel keinen Ersatz für die nicht vorhandene Verweigerungsoption hätten. Der Regelungsauftrag trifft in erster Linie den Gesetzgeber, hilfsweise den Richter. Dieser Ausgestaltung in Form eines Arbeitskampfrechts stellt jedoch insofern nur eine Mindestvoraussetzung dar, als dass durch das Arbeitskampfrecht lediglich die nicht vorhandene Verweigerungsoption der Tarifvertragsparteien (vor allem der Gewerkschaften) ersetzt und ausgeglichen werden soll. Das formelle bzw. normative Paritätsverständnis ist somit nur als erste Stufe eines Kräftegleichgewichts heranzuziehen. Es muss zudem überprüft wird, ob ein Kräftegleichgewicht besteht bzw. erzeugt werden muss, d.h. wodurch den Tarifvertragsparteien in tatsächlicher Hinsicht ein Verhandeln „auf Augenhöhe" ermöglicht werden kann.

c. Einbeziehung tatsächlicher Parameter zur Paritätsfeststellung

Da das Gleichgewicht der Tarifvertragsparteien auch durch andere Umstände evident beeinträchtigt sein kann, wodurch die Richtigkeitsgewähr der Tarifverträge als sozial angemessene Verhandlungsergebnisse widerlegt wird, erscheint es geboten, auch die tatsächlichen Verhältnisse in die Beurteilung der Paritätsbewertung einzubeziehen. Die formellen Voraussetzungen der Parität stehen zum materiellen Paritätsverständnis nicht in einem Alternativverhältnis, sondern vielmehr baut das materielle Paritätsverständnis auf einem formellen Paritätsbegriff auf.[662] Verhandlungsgleichgewicht lässt sich nicht durch rechtliche Kampfinstrumentarien formal fingieren oder normativ anordnen.[663] Das materielle Paritätsverständnis erweitert das formelle Paritätsverständnis, indem für eine Parität zwischen den Tarifvertragsparteien nicht nur die gleichmäßige Zuteilung der Kampfmittel an beide Vertragsseiten erfolgen muss, sondern hinzukommt, dass die rechtstatsächliche Situation zwischen den Tarifvertragsparteien untersucht werden und die zugebilligten Kampfmittel bewertet werden müssen.[664] Das Recht auf materielle Parität besteht aber nur im Falle einer strukturellen Störung der Gleichheit der Koalitionen,[665] da ansonsten die Vertragsbeziehungen der Privatrechtssubjekte unangemessen überreguliert werden würden und grundsätzlich Wettbewerb unter den Marktteilneh-

---

[661] Vgl. hierzu sehr instruktiv *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (S. 88).

[662] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 291f.

[663] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 73.

[664] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14); *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 387.

[665] BVerfGE 92, 365 (396f.).

mern nicht verhindert werden soll. Die Einbeziehung der tatsächlichen Gegebenheiten wird mittlerweile kaum noch bestritten und ist herrschende Meinung,[666] unterschiedlich sind aber die Auffassungen über die Reichweite des Paritätsgebotes.

aa. Gesamtparität

Am weitesten geht die Auffassung der Gesamtparität. Danach ist für die Bewertung einer Gleichgewichtslage eine „sozioökonomische Gesamtbetrachtung der Stellung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite" vorzunehmen.[667] Es werden hierbei nicht lediglich die betroffenen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseiten miteinander verglichen, sondern vielmehr wird ganzheitlich Kapital und Arbeit verglichen.[668] Sämtliche Einflussfaktoren des wirtschaftlichen Verteilungsprozesses samt aller gesellschaftlichen und politischen Gegebenheiten sollen erfasst und bewertet werden.[669]

Einem so ausgestalteten Paritätsgebot ist entgegen zu treten.[670] Ein absolutes Verhandlungsgleichgewicht zwischen den Parteien unter Berücksichtigung aller wirtschaftlichen, intellektuellen und emotionalen Umstände ist „nur idealiter vorstellbar".[671] Es kann wegen der überbordenden Bezüge nicht als Maßstab der intendierten Parität gelten.[672] Es bleibt auch äußerst fraglich, ob eine solch absolute Balance zwischen den Kräften überhaupt erstrebenswert ist, denn diese Paritätsform würde eher zum „Patt" als zur Befruchtung des Verhandlungsprozesses führen.[673] Auch aus Praktikabilitätsgesichtspunkten muss gefolgert werden, dass weder Rechtsprechung noch Gesetzgebung in der Lage wären, alle Einflussfaktoren der Wirtschaftswelt zu erfassen und zu bewerten.[674] Ein Paritätsgebot, welches sämtliche Vergleiche mit den unterschiedlichsten Bezugsgrößen verlangen würde, kann nicht verfassungsrechtlich gemeint und geboten sein, da schließlich nur tarifbezogene Parität und nicht das Verhältnis der wirtschaftlichen, gesamtpolitischen und gesellschaftlichen Kräfte insgesamt durch das Tarif- und Arbeitskampfsystem gelöst werden soll und kann.[675]

---

[666] Statt vieler: BVerfGE 84, 212 (230); *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 973; *M. Coester*, Jura 1992, 84 (88); *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 76 m. w. N.

[667] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14).

[668] *W. Däubler*, JuS 1972, 642 (645); *H. Wolter*, AuR 1979, 193 (196ff.).

[669] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 74f.

[670] *M. Coester*, Jura 1992, 84 (88); *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 75.

[671] *M. Coester*, Jura 1992, 84 (88).

[672] *T. Dieterich*, RdA 1995, 129 (131).

[673] *M. Coester*, Jura 1992, 84 (88).

[674] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 75.

[675] BAGE 33, 140 (165f.); *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II § 14 Rn. 75; vgl. auch BAG, Urteil vom 10.06.1980 – 1 AZR 822/79 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 64.

bb. Konkret-materielle Parität

Nicht so weit wie die Auffassung der Gesamtparität, aber weiterhin auch das konkrete Verhältnis der Vertragsparteien betrachtend, geht die Auffassung von der konkret-materiellen Parität[676]. Von der Gesamtparität unterscheidet sich das konkret-materielle Paritätsverständnis dadurch, dass nur die konkrete Vertragsbeziehung, ohne sämtliche sozioökonomischen Einflussfaktoren, bewertet wird. Dieses Verständnis knüpft an die konkrete Tarifauseinandersetzung an, d.h. die konkrete wirtschaftliche Lage der Arbeitnehmer- wird mit der Arbeitgeberseite verglichen.

Problematisch an dieser Auffassung ist, dass das staatliche Neutralitätsgebot gerade darauf gerichtet ist, Paritätskorrekturen erst vorzunehmen, wenn sie strukturell und evident gravierend sind.[677] Staatliche Neutralität bedeutet, dass die Rechtsordnung nicht bei jeder Störung des Gleichgewichts eingreift. Sonst ginge die Grundstruktur des Tarifsystems als „freies Spiel antagonistischer Kräfte" verlustig.[678] Störungen der konkreten Tarifauseinandersetzung dieser Art sind beispielsweise über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Arbeitskampfes zu lösen.[679] Demnach wird die grundsätzliche Richtigkeitsgewähr der Tarifverträge nur bei strukturellen Beeinträchtigungen und nicht schon bei Ungleichgewichtslagen im Einzelfall widerlegt. Insofern schießt auch die konkret-materielle Parität über das Ziel hinaus und ist mithin abzulehnen.

cc. Abstrakt-materielle Parität

Die abstrakt-materielle Parität[680] orientiert sich ebenso wie die konkret-materielle Parität an dem tatsächlichen Kräfteverhältnis der Tarifvertragsparteien ab. Allerdings wird bei der abstrakt-materiellen Parität, im Gegensatz zur konkret-materiellen Parität, nicht jede Eigenart der Vertragsparteien bewertet, sondern vielmehr wird Parität generell und abstrakt definiert.[681] Paritätisch ist das Verhältnis nach abstrakt-materieller Lesart, wenn bei typisierender Betrachtung von einem Gleichgewicht der Tarifvertragsparteien auszugehen ist.[682] Werden immer wieder strukturelle Ungleichgewichte bei Tarifvertragsparteien deutlich, so ist dem Paritätsgebot aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht Genüge getan und Modifikationen des

[676] *R. Richardi/P.S. Fischinger*, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Vorb. zu §§ 611ff. Rn. 928f.; *M. Wolf*, ZfA 1971, 151 (161f.).

[677] *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 352ff.; ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 113; .

[678] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 293.

[679] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 293.

[680] BVerfGE 84, 212 (230); 92, 365 (395); *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 973; *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 76; *C.W. Hergenröder*, in: HWK, ArbR-Kommentar, Art. 9 GG Rn. 167f.; *M. Coester*, Jura 1992, 84 (88); *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 388 m. w. N.

[681] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14).

[682] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 76.

Tarif- und Arbeitskampfsystem sind geboten.[683] Dieses Verständnis einer abstrakt-materiellen Betrachtung und Bewertung der Parität ist sowohl mit dem aus dem Grundgesetz ableitbaren Grundsatz der staatlichen Neutralität zu vereinen, als auch mit den praktischen Gegebenheiten.[684] Aufgrund der Schnelllebigkeit der wirtschaftlichen Bedingungen ist eine Betrachtungsweise, welche die jeweils konkreten Besonderheiten in der Fallgestaltung hinsichtlich der Gleichgewichtigkeit der Tarifvertragsparteien bewertet, zum einen nicht von Rechtsprechung und Gesetzgebung zu erwarten.[685] Zum anderen muss von einem diese Schnelllebigkeiten überdauernden Begriff der Parität ausgegangen werden, um Rechtssicherheit zu schaffen. Eine Bewertung der Parität ist somit abstrakt- materiell und typisierend vorzunehmen.[686]

d. Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages bei abstrakt-materieller Kräfteparität

Die Richtigkeitslehre ist damit auf den Tarifvertrag anwendbar, sofern das Tarifvertragsrecht sowohl formell als auch abstrakt-materiell paritätisch ausgestaltet wird, sodass die Vertragsparteien annähernd gleichberechtigt und gleich stark das Verhandlungsergebnis beeinflussen können. Als Ersatz für die fehlende Verweigerungsoption der Koalitionen werden die Tarifvertragsparteien durch die Rechtsordnung in die Lage versetzt, mittels des Arbeitskampfrechts trotzdem Druck auf die gegnerische Partei auszuüben. Zunächst sind die rechtliche Ausgestaltung eines Arbeitskampfrechts sowie die gleichmäßige Verteilung der Arbeitskampfmittel von Nöten. Neben der Errichtung eines rechtmäßigen und ausgeglichenen Arbeitskampfrechts sind aber für das Kräftegleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien auch tatsächliche Entscheidungsfaktoren zu berücksichtigen. Dies ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass eine Ungleichgewichtslage zwischen Tarifvertragsparteien trotz eines in rechtlicher Hinsicht paritätisch ausgestalteten Arbeitskampfrechts vorstellbar ist. Tatsächliche Beeinträchtigungen sind aber nur nach typisierender Betrachtung und nur im Falle eines gravierenden Ungleichgewichts zwischen den Parteien relevant. Somit ist Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG bei teleologischer Auslegung ein abstrakt-materielles Paritätsgebot zu entnehmen, bei dessen Wahrung Tarifverträgen die Richtigkeitsgewähr gebührt. Das hier vertretene abstrakt-materielle Paritätsgebot steht aber zur formellen Parität nicht in einem Alternativverhältnis, sondern vielmehr nimmt sie die formelle Parität notwendigerweise in sich auf und erweitert sie um die Dimension der tatsächlichen Einflussfaktoren. Aufgrund des staatlichen Neutralitätsgebotes muss es sich um eine

[683] *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 293, 291f.; *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 388.

[684] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 75; a. A.: *R. Richardi/P.S. Fischinger*, in: Staudinger, BGB-Kommentar, Vorb. zu §§ 611ff. Rn. 929.

[685] Vgl. BAGE 23, 292 (308); *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 75.

[686] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14).

Evidenzkontrolle dieser gravierenden, tatsächlichen Gleichgewichtsstörungen handeln. Nicht jede Vertragsimparität führt zu einer Vertragsgleichgewichtsstörung.[687] Es kann vielmehr für die positive Bejahung eines Kräftegleichgewichts zwischen Vertragsparteien nur auf ein annäherndes Gleichgewicht ankommen. Exaktes Kräftegleichgewicht ist „so gut wie nie" vorzufinden.[688] Dies ist dem Umstand geschuldet, dass unser Wirtschaftssystem keine „primitive Tauschwirtschaft" ist, sondern eine „hochdifferenzierte arbeitsteilige Wirtschaft". Eine Annahme, dass exakte Kräftegleichgewichte zwischen den Vertragsparteien anzustreben seien, würde auch der Rechtstatsächlichkeit nicht gerecht werden können und nicht praktikabel sein. Ein auf Kommastellen genauer Wert für die Messung des Verhandlungsgleichgewichts wird vergeblich gesucht.[689] Exakt gleiche Bedingungen der Parteien mit Blick zum Beispiel auf wirtschaftliche Potenz, intellektuelle Stärke und rechtliche Sachkenntnis und Erfahrenheit sind kaum vorzufinden.[690] Zudem sind diese tatsächlichen Variablen der Vertragskonstellation und Vertragsverhandlungen sowohl schwer ermittelbar als auch schwer messbar.

4. *Maßstab für Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel*

Das verfassungsrechtliche, abstrakt-materielle Paritätsgebot als Maßstab für die Zusammenarbeit von Kollektivverbänden der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer ist nun in das einfache Recht für die hier zu untersuchende kollektivarbeitsrechtliche Problematik von Blitzaustritt und Blitzwechsel zu übersetzen. Bei der Feststellung einer nicht mehr akzeptablen Imparität zwischen den Vertragsparteien ist aber erhebliche Toleranz zu gewähren.[691]

a. Annäherndes Kräftegleichgewicht zwischen den Vertragsparteien bei Tarifvertragsverhandlungen

Eine Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien eines Individualvertrags darf keinesfalls auf die kollektivvertragliche Ebene im Tarifvertragssystem übergehen, denn ansonsten wird das Problem, welches die Tarifautonomie lösen wollte, auf die nächsthöhere Ebene verschoben und die Existenzberechtigung der Tarifautonomie verflüchtigt sich.

Auf einzelvertraglicher Ebene wird bei fehlender Vertragsfreiheit einer Partei wegen eines eklatanten Missverhältnisses zwischen den Parteien aufgrund fehlender Vertragsgerechtigkeit des Vertragsprodukts keine Richtigkeitsgewähr ange-

[687] *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 12.

[688] *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 12; vgl. auch *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, S. 15.

[689] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14); *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 387; vgl. *T. Dieterich*, RdA 1995, 129 (131).

[690] *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht, S. 12.

[691] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14).

nommen. Vertragsgerechtigkeit liegt immer dann vor, wenn alle Vertragsparteien ihre Vertragsfreiheit (annähernd) gleichermaßen ausüben können. Dies gilt für die Tarifautonomie ebenso. Denn wenn der Tarifvertrag auf einer evidenten Ungleichgewichtslage der Tarifvertragsparteien basiert, verdient er die Vermutung der Richtigkeit nicht. Das bedeutet gleichzeitig, dass ein solcher Tarifvertrag auch nicht in der Lage ist, seinen Funktionen[692] gerecht zu werden.

Aufgrund der hier funktional verstandenen Tarifautonomie ist eine Störung des Kräftegleichgewichts bei Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems anzunehmen. Das Tarifsystem ist dann in seiner Funktion gestört, wenn Tarifverträge aufgrund einer evidenten Ungleichgewichtslage keine Richtigkeitsvermutung besitzen und somit die Tarifautonomie ihre Berechtigung verliert. Sozial angemessene und gerechte Tarifnormen, welche die Richtigkeit der Tarifverträge darstellen, können nur innerhalb einer funktionsfähigen Tarifautonomie generiert werden, die notwendigerweise voraussetzt, dass alle Tarifvertragsparteien ihre Tarifautonomie (annähernd) gleich ausüben können. Das Kräftegleichgewicht muss bei Tarifvertragsverhandlungen zum Ausdruck kommen, um das gewünschte Ergebnis, einen fairen Tarifvertragsabschluss, herbeizuführen.

Errichtet die Rechtsordnung den Vertrag als Institut des Interessenausgleichs zwischen den Vertragsseiten, ist sie dafür verantwortlich, dass ein „Mindestmaß“ an Gleichgewicht zwischen den Tarifvertragsseiten bei Tarifvertragsverhandlungen besteht; sei es durch die Einschränkung der Vertragsfreiheit in bestimmten Fällen oder die Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung des gestörten Verhandlungsgleichgewichts.[693]

aa. Parallelität von Privatautonomie und Tarifautonomie

Für die Beantwortung der Frage, wann die gemeinsame Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien gestört ist, ist eine Anknüpfung an die Privatautonomie bzw. an die Beeinträchtigungen der Privatautonomie geboten. Denn, wie gezeigt, ist Tarifautonomie kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft.[694] Faktoren, die das System der Privatautonomie nachhaltig beeinträchtigt, führen auch zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.

bb. Informationelle Unterlegenheit als Störung des Kräftegleichgewichts bei Blitzaustritt und Blitzwechsel

Geht man davon aus, dass Tarifautonomie kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft ist, so muss weiter auch untersucht werden, ob die zuvor beschriebenen typisierenden Fallgruppen der Funktionsstörung der

[692] Siehe hierzu Zweites Kapitel: A. I.
[693] *H. Buchner*, RdA 1986, 7 (14).
[694] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. II. 1. c. ac.

Vertragsfreiheit[695] auf die Tarifautonomie und auf die zu untersuchende Thematik von Blitzaustritten und Blitzwechsel zu übertragen sind.

Von den Fallgruppen der Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit erscheint insbesondere diejenige der informationellen Unterlegenheit[696] für einen Tarifvertragsabschluss nach vollzogenen Blitzaustritten bzw. Blitzwechseln von erhöhter Relevanz.

Das wirtschaftliche Verhältnis von Arbeitgeberverband und Gewerkschaft miteinander zu vergleichen wäre aufgrund des Aspektes, dass die wirtschaftliche Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber durch die Möglichkeit der Gruppenbildung austariert wird,[697] nicht systemisch. Überdies wäre schwierig zu ermitteln, woraus sich die wirtschaftliche Potenz der Verbände genau ergibt und wonach sich evidentes Ungleichgewicht zwischen ihnen bemisst.

Grundsätzlich ist nicht von einer wirtschaftlichen Unterlegenheitssituation in Form einer einseitigen Abhängigkeit zwischen den Tarifvertragsseiten auszugehen. Eine Beeinträchtigung des Gleichgewichts der Vertragsparteien durch psychische Unterlegenheit ist für die Tarifvertragsparteien regelmäßig ebenso fragwürdig wie schwer ermittelbar. Trotz der oftmals lang andauernden Vertragsbeziehung zwischen den Tarifvertragsparteien ist regelmäßig nicht von einer Nähebeziehung in der Weise auszugehen, wie es bei den einschlägigen Konstellationen dieser Fallgruppe mit Blick auf die Privatautonomie begründet war.

Das annähernde Gleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien hinsichtlich der Vertragsinformationen ist deshalb von besonderer Relevanz, weil ein evidentes Informationsungleichgewicht gerade nicht durch Gruppenbildung behoben werden kann. Informationelle Unterlegenheit ist somit uneingeschränkt sowohl auf der einzelvertraglichen als auch auf der kollektivvertraglichen Ebene als Störung der Parität einzustufen.

Die evidente Unterlegenheit einer Vertragsseite aufgrund eines Mangels von Informationen führt somit zu Vertragsergebnissen, die nicht die Richtigkeitsgewähr verdienen, da aufgrund des Informationsmangels nicht beide Vertragsparteien in der Lage sind, ihre Interessen angemessen zu vertreten. Gehen die Vertragsparteien irrigerweise davon aus, sich über die Vertragsbestandteile geeinigt zu haben, haben sie aber unterschiedliche Vorstellungen hierüber, so ist der Vertrag nicht von der Selbstbestimmung beider Parteien getragen.

Wann genau eine evidente Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragsparteien vorliegt, ist aus Gründen der Rechtssicherheit zu konkretisieren, insbesondere weil aus dem staatlichen Neutralitätsgebot nur eine Evidenzkontrolle folgt.

---

[695] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. III. 2. c.
[696] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. III. 2. c. ab.
[697] Vgl. hierzu das Argument bei *C.-W. Canaris*, JuS 1996, 761 (762).

cc. Typisierende Betrachtung anhand normativer Kriterien (Anwendung der Vorschriften des BGB auf den Tarifvertrag)

Wie bereits erwähnt, ist der Tarifvertrag ein zwischen den Tarifvertragsparteien geschlossener Vertrag, der den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterworfen ist. Als bürgerlich-rechtlicher Vertrag zwischen den Tarifvertragsparteien bedarf er somit zu seinem Zustandekommen zweier korrespondierender Willenserklärungen.[698]

Eine evidente Ungleichgewichtslage der Vertragsparteien ist dann nach den Figuren des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu lösen. Liegen keine spezielleren Bestimmungen vor, anhand derer sich strukturelle Ungleichgewichtslagen korrigieren lassen, so bilden die zivilrechtlichen Generalklauseln, wie beispielsweise §§ 138 Abs. 1, 138 Abs. 2, 242 BGB, die „Einfallstore" für eine grundrechtskonforme Auslegung.[699] Es muss stets anhand des konkreten Einzelfalles untersucht werden, nach welchen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Fall zu lösen ist.

b. Informationelles Kräfteungleichgewicht als Grenze der Tarifautonomie

Die Tarifautonomie hat, wie die Privatautonomie, ein Kräftegleichgewicht der Vertragsparteien als Funktionsvoraussetzung. Nur durch Tarifverträge, die auf paritätischen Tarifvertragsverhandlungen beruhen, können sozial angemessene Regelungen gefunden werden. Durch die Gruppenbildung innerhalb der Interessenvereinigungen können Störungsfelder des Kräftegleichgewichts, die auf einzelvertraglicher Ebene die Richtigkeitsgewähr widerlegen, behoben werden. Jedoch ist die Tarifautonomie nur funktionsfähig, solange beide Tarifvertragsparteien ihre Freiheit ausüben können. Die Gruppenbildung kann informationelle Unterlegenheit einer Vertragsseite nicht als solche kompensieren. Kann eine Partei ihre Interessen aufgrund nicht vorhandener Informationen gegenüber der anderen Partei in laufenden Vertragsverhandlungen nicht wahrnehmen, so ist dies eine Beeinträchtigung ihrer Privatautonomie. Tarifautonomie, als Freiheit der Koalitionen zur Rechtsetzung, steht im Kontext eines antagonistischen aber gemeinschaftlichen Prozesses zur Findung fairer und gerechter Arbeitsregelungen.

Steht es um die Informationslage einer Partei aufgrund mangelnder Kooperation der anderen Partei so schlecht, dass sie deshalb in erheblichem Maße ihre Koalitionsfreiheit in Form der Tarifautonomie nicht bestimmungsgemäß ausüben kann, so kommt es nicht zu einer objektiven Einigung über den Regelungsgegenstand des Tarifvertrags.

---

[698] *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 511; vgl. hierzu auch *O. Jauernig*, in: Jauernig, BGB, Vor § 145 Rn. 1.

[699] BVerfGE 89, 214 (233).

Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist somit nicht allein auf den Schutz der Vertragsfreiheit gerichtet, sondern vielmehr auf den Schutz der Vertragsgerechtigkeit bzw. eines Verfahrens zur Bildung sozial angemessener Verträge als Verfahrensgerechtigkeit. Dem entspricht es, einen Begriff der Vertragsfreiheit heranzuziehen, wonach Vertragsfreiheit bedeutet, dass man nur solange frei ist, wie man gerechte Verträge schließt.[700]

5. Zwischenergebnis

Die teleologisch-funktionelle Auslegung ergibt, dass das Tarifsystem nur funktionsfähig ist, wenn es auch die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber kompensieren kann. Um das Funktionsdefizit der Privatautonomie des einzelnen Arbeitnehmers ausgleichen zu können, ist ein „annäherndes Kräftegleichgewicht" zwischen den Vertragsparteien erforderlich. Besteht ein solches Gleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien, so ist die Richtigkeitsgewähr auf Tarifverträge anwendbar. Die verfassungsrechtlich intendierte Parität zwischen den Tarifvertragsparteien gründet neben einem gleichmäßigen Arbeitskampfrecht auch auf einer Gleichgewichtslage hinsichtlich der tatsächlichen Einflussfaktoren. Hierbei ist zu beachten, dass wegen des Neutralitätsgrundsatzes nur evidente typisierende Beeinträchtigungen der Tarifautonomie relevant sind, welche die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages widerlegen. Liegen solche gravierenden und typisierenden Beeinträchtigungen vor, so verdichtet sich der Neutralitätsgrundsatz zur Einschreitenspflicht. Die auf den Tarifvertrag übertragene Richtigkeitsgewähr ist damit als eine „Richtigkeitschance" zu verstehen, da durch das tarifliche Verfahren, eine Verfahrensgerechtigkeit gewährleistet wird.[701]

Aufgrund des privatautonomen Ursprunges der Tarifautonomie sind die Fallgruppen möglicher Störungen des Kräfteverhältnisses der Privatautonomie, welche eine Richtigkeitsvermutung des Vertrages widerlegen, auf die Tarifautonomie ebenso zu übertragen. In der Problematik von Blitzaustritt und Blitzwechsel ist die Fallgruppe der informationellen Unterlegenheit relevant, da nur möglichst gleich starke Tarifvertragsparteien in der Lage sind, ihre Interessen bzw. die Interessen ihre Mitglieder sachgerecht vor- und durchzubringen, wenn sie informationell zumindest hinsichtlich der wesentlichen Vertragsbestandteile die gleiche Ausgangslage haben und dementsprechend agieren können. Beide Vertragsseiten müssen die Möglichkeit haben, das Vertragsergebnis annähernd gleich stark zu beeinflussen. Liegt ein evidentes Ungleichgewicht bezüglich wesentlicher Vertragsbestandteile vor, ist das abstrakt-materielle Paritätsgebot in das einfache Recht, beispielsweise mittels der Figuren des Dissenses, zu übersetzen.

---

[700] *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (S. 88, S. 101).

[701] *O.E. Kempen*, in: Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius, TVG, Grundlagen Rn. 88.

C. Verfassungsrechtlicher Maßstab für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien

Der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ist aufgrund ihrer Beschaffenheit als rechtliches Konstrukt zur Freiheitsverwirklichung ein institutionell-funktionales Grundrechtsverständnis zugrunde zu legen. Sie schützt die Koalitionen selbst, als Hauptakteure des verfassungsrechtlich geschützten Systems zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Denn nur durch die von den Koalitionen ausgeübte Zusammenarbeit können die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sozial angemessen geregelt werden.

Kern dieses Systems ist die Tarifautonomie, welche der rechtlichen Ausgestaltung bedarf, um als Freiheitsrecht für die Grundrechtssubjekte effektiv nutzbar zu sein. Die Tarifautonomie ist ein Mittel zur Systemverwirklichung im Sinne kollektiv ausgeübter Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft.

Die in Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG festgesetzte unmittelbare Drittwirkung schützt dabei das Koalitionssystem und die jeweilige Tarifautonomie der Koalitionen, indem sie nicht nur vor staatlichen Beeinträchtigungen, sondern auch vor anderen, ihre Koalitionsfreiheit beeinträchtigenden Abreden und Maßnahmen geschützt werden (Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG). Die Koalitionen als Freiheitsträger der Tarifautonomie sind somit koalitionssystemimmanent verpflichtet, sich so zu verhalten, dass die jeweilige Koalitionsfreiheit und insbesondere die Tarifautonomie des anderen gegnerischen Kollektivverbandes nicht beeinträchtigt wird. Dies schließt die Achtung und Wahrung der gegnerischen Koalitionsfreiheit ein, da diese Bedingung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist. Diese Pflicht ist Wurzel der Zusammenarbeit der Koalitionen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern.

Weiter folgt aus dem objektivrechtlichen Gehalt der Koalitionsfreiheit eine Verfahrensgarantie auf die Bereitstellung des Normgerüstes, welche zu einer weitgehend von staatlicher Einmischung freien Regelung sozial angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen notwendig sind. Kurzum: Der objektivrechtliche Gehalt der Koalitionsfreiheit gewährleistet die Bereitstellung eines funktionsfähigen Koalitions- und Tarifvertragssystems. Dabei wird sowohl die rechtliche auf abstrakt-materieller Parität basierende Ausgestaltung des Koalitionssystems im Sinne einer Verfahrensgarantie auf Bereitstellung eines funktionsfähigen Koalitions- und Tarifvertragssystems als auch seine Wahrung, d.h. anschließend die Sorge dafür zu tragen, dass nicht eine der tarifvertragschließenden Parteien in evidenter Weise die Koalitionsfreiheit anderer beeinträchtigt, verfassungsrechtlich gewährleistet. Dieses annähernde Kräftegleichgewicht zwischen den antagonistischen Kollektivverbänden muss dabei während der gesamten Tarifverhandlungen, also ab Tarifverhandlungsbeginn und bis zum Tarifabschluss, vorliegen.

Das durch die Rechtsordnung bereitzustellende Gerüst zur Freiheitsverwirklichung muss paritätisch im Sinne einer abstrakt-materiellen Parität ausgestaltet sein, da die Tarifautonomie die Funktionsdefizite der Privatautonomie, welche sich in der Beziehung zwischen (potentiellem) Arbeitgeber und (potentiellem) Arbeitnehmer ergeben, ausgleichen soll. Damit Tarifverträgen eine Richtigkeitsgewähr zukommen kann und die Koalitionen in die Lage versetzt werden, sozial angemessene Tarifverträge beschließen zu können, muss während der Tarifverhandlungen ein annäherndes Kräftegleichgewicht vorliegen. Nur so können Koalitionen in die Lage versetzt werden, sozial angemessene Tarifverträge zu beschließen, denen Richtigkeitsgewähr zukommt und welche die anhand der teleologischen Auslegung ermittelten und immer noch existenten strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers kompensieren.

Viertes Kapitel.
Blitzaustritt und Blitzwechsel als Streitfrage der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien

Im Folgenden werden die tarifrechtlichen und vereinsrechtlichen Rahmenbedingungen von Bitzaustritten und Blitzwechsel dargestellt. Im Anschluss hieran werden die Leitentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur Problematik von Blitzaustritt und Blitzwechsel erläutert und untersucht.

A. Tarifrechtliche und vereinsrechtliche Rahmenbedingungen der Entscheidungen zu Blitzaustritt und Blitzwechsel

Blitzaustritte und Blitzwechsel aus Arbeitgeberverbänden stehen, wie bereits eingangs beschrieben,[1] im Kontext der Stichworte „Erosion des Flächentarifvertrages" oder „Flexibilisierung (der Verbandsstruktur)". Diese Schlagworte beschreiben die zunehmende Erscheinung, dass Arbeitgeber ihre jeweiligen Einzelinteressen nicht mehr ausreichend durch ihre Verhandlungsführer, die Arbeitgeberverbände, für berücksichtigt befinden.[2] Als letzter Ausweg bleibt den Arbeitgebern bei einer unzureichenden Interessenvertretung durch den Verband die Beendigung der Verbandsmitgliedschaft bzw. der Wechsel in eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung.[3] Die kurzfristige Entledigung der Tarifbindung wird auch unter dem Begriff „Tarifflucht"[4] beschrieben. Hierdurch wird die Problematik bereits semantisch erkennbar:
Durch solche kurzfristigen Beendigungsformen der Mitgliedschaft und parallel hierzu der Beendigung der Tarifbindung kann die soziale Angemessenheit der Tarifverträge gefährdet werden.[5]

I. Parallelität von Vereinsrecht und Tarifbindung

Voraussetzung für die Tarifbindung ist, dass beide Parteien eines Arbeitsverhältnisses tarifgebunden, d.h. Mitglieder der tarifschließenden Verbände gem. § 3 Abs. 1 TVG, sind. Denn nur so ist das Einzelarbeitsverhältnis von der Geltungskraft des Tarifvertrages erfasst. Ist dies der Fall, so gelten gem. § 4 Abs. 1 TVG die Normen des Tarifvertrages für das Arbeitsverhältnis mit unmittelbarer und zwingender Wirkung.

Vor der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zu Blitzaustritt und Blitzwechsel nahm man überwiegend einen funktionalen Gleichlauf zwischen vereinsrechtlicher Mitgliedschaft und tarifrechtlicher Bindung an, gemäß der Maxime:

---

[1] Siehe hierzu Erstes Kapitel.

[2] *P.R. Melot de Beauregard*, ZTR 2009, 514 (514); *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 304).

[3] *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 304).

[4] Unter dem Begriff der Tarifflucht werden aber auch weitere Formen der Beendigung der Tarifbindung erfasst, siehe hierzu *J.-H. Bauer*, Flucht aus Tarifverträgen: Königs- oder Irrweg?, in: Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag, S. 19ff.

[5] *P.R. Melot de Beauregard*, ZTR 2009, 514 (514).

Wer vereinsrechtlich als T-Mitglied in einem Arbeitgeberverband organisiert ist, ist auch an den Tarifvertrag gebunden. Erlischt die vereinsrechtliche Mitgliedschaft beispielsweise dadurch, dass ein Mitglied von seiner negativen Koalitionsfreiheit Gebrauch macht bzw. in eine OT-Mitgliedschaft wechselt, so endet die Tarifbindung.[6] Diese Regel wurde aber gerade durch die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts durchbrochen, da vereinsrechtlich wirksame Blitzaustritte und Blitzwechsel bei Verletzung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie tarifrechtlich unwirksam sind und der austritts- oder wechselwillige Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 TVG an den neuen Tarifvertrag gebunden ist.

Die neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Blitzaustritt und Blitzwechsel stellt insofern ein Novum dar, als sie den Folgezusammenhang zwischen vereinsrechtlicher Mitgliedschaft und Tarifgebundenheit durchbricht, indem sie bei einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie eine Informationsobliegenheit als Voraussetzung für derartige Aus- und Übertritte statuiert. Folge eines Unterlassens der erforderlichen Information ist, dass der Verbandsaustritt oder Mitgliedschaftswechsel nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG i. V. m. § 134 BGB unwirksam ist und der Arbeitgeber in solchen Situationen an den Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 TVG gebunden ist. Bei Nichteinhaltung der neu eingeführten, richterlich entwickelten Informationsobliegenheit als festgesetzten Verfahrensregeln für die Tarifverhandlungen, ist eine demnach wirksame Beendigung der Tarifbindung nicht möglich, wenn durch den Blitzaustritt oder Blitzwechsel die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gestört wird.

II. Tarifvertragsgesetzliche Sicherungsinstrumente im Kontext von Blitzaustritt und Blitzwechsel

Endet die Mitgliedschaft des Arbeitgebers im Arbeitgeberverband, müsste im Umkehrschluss zum Wortlaut des § 3 Abs. 1 TVG auch die Tarifbindung enden. Dem steht jedoch regelmäßig § 3 Abs. 3 TVG[7] entgegen.[8] Überdies ordnet § 4 Abs. 5 TVG[9] die Nachwirkung der Bestimmungen des Tarifvertrages nach Ablauf des Tarifvertrages an.[10]

---

[6] *A. Hueck/H.C. Nipperdey*, Arbeitsrecht, II/1, S. 487; *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 726; *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303; zahlreiche weitere Nachweise siehe bei *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 611).

[7] § 3 Abs. 3 TVG lautet: „Die Tarifgebundenheit bleibt bestehen, bis der Tarifvertrag endet."

[8] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 898): „Nach dem Gesetz können Tarifverträge […] nur stufenweise abgebaut werden."

[9] § 4 Abs. 5 TVG lautet: „Nach Ablauf des Tarifvertrages gelten seine Rechtsnormen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden."

[10] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 898): „Nach dem Gesetz können Tarifverträge […] nur stufenweise abgebaut werden."

1. Die Nachbindung gem. § 3 Abs. 3 TVG

Gem. § 3 Abs. 3 TVG bleibt die Tarifgebundenheit bestehen, bis der Tarifvertrag endet. Nach § 3 Abs. 3 TVG besteht somit eine gesetzliche „Nachbindung“[11] (auch „Fortwirkung“ oder „Fortgeltung“ genannt),[12] welche eine Mitgliedschaft des Arbeitgebers bis zum Ablauf des Tarifvertrags für die Tarifbindung in den Fällen fingiert, in denen ein Arbeitgeber aus einem Arbeitgeberverband seine Tarifbindung durch Verbandsaustritt auflösen will.[13]

Eine einmal begründete Tarifbindung kann durch den einseitigen Entschluss des Arbeitgebers somit nicht aufgelöst werden kann.[14] Gleichzeitig verfolgt sie aber auch den Zweck, dass der Arbeitgeberverband gegenüber der Gewerkschaft als verlässlicher und solider Vertragspartner auftreten kann, der fähig ist, bis zum Ende der Laufzeit des Tarifvertrages[15] sein Wort zu halten.[16] Die Norm ist damit eine Ausprägung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“, denn Anknüpfungspunkt ist die vormalige Ermächtigung zur Normsetzung des Arbeitgebers an den Arbeitgeberverband und nicht, wie man meinen könnte,[17] eine gesetzliche Ausprägung der Ordnungsfunktion des Tarifvertrages.[18]

Festzuhalten ist, dass der Tarifvertrag gegenüber den tarifgebundenen Arbeitnehmern im Zeitraum der Nachbindung weiterhin unmittelbar und zwingend gilt.[19] Durch Gewerkschaftsbeitritt oder Eintritt in das Arbeitsverhältnis kann auch noch im Nachbindungszeitraum eine beiderseitige Tarifgebundenheit herbei-

---

[11] Statt vieler: BAG, Urteil vom 17. 5. 2000 – 4 AZR 363/99 – AP TVG § 3 Verbandsaustritt Nr. 8 = NZA 2001, 453ff.; ErfK- *M. Franzen*, § 3 TVG Rn. 22; *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 84, *A. Junker*, ArbR, Rn. 540.

[12] *C.-A. Houben*, NJOZ 2008, 2170 (2170).

[13] *K.-J. Bieback*, DB 1989, 477 (477); *S. Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, S. 178; grundlegende Überlegungen zu § 3 Abs. 3 TVG siehe bei *M. Knoppik*, Tarifgeltung ohne Mitgliedschaft am Beispiel von § 3 Abs. 3 TVG und § 613a BGB; *U. Büdenbender*, NZA 2000, 509ff.; *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 81.

[14] BAGE 82, 27 (27, 1. Ls.) = BAG, Urteil vom 13.12.1995 – 4 AZR 1062/94 – AP TVG § 3 Verbandsaustritt Nr. 3 (Ls. 1) = NZA 1996, 769ff.; *O.E. Kempen*, in: Kempen/Zachert, § 3 TVG, Rn. 18: „[…] quasi eine Ausnahme […]“; *Wiedemann*, RdA 1969, 321 (324); *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 228 m. w. N.

[15] Aufgrund der drohenden unbefristeten bzw. sehr langen Nachbindung an einen Tarifvertrag wird zum Teil gefordert, den zeitlichen Anwendungsbereich des § 3 Abs. 3 TVG mittels einer maximalen Nachbindungszeit zu beschränken. Dafür *H.J. Willemsen/C.Mehrens*, NZA 2010, 307 (308f., 311); Dagegen: *P. Hanau*, RdA 1998, 65 (68); dafür: *M. Heinze/O. Ricken*, ZfA 2001, 159 (163); *S. Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, S. 180; *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 92 m. w. N. zur Diskussion.

[16] BAG, Urteil vom 17.05.2000 – 4 AZR 363/99 – EzA § 3 TVG Nr. 19 = AP TVG § 3 Verbandsaustritt Nr. 8 = DB 2001, 654ff. = NZA 2001, 453ff.; *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 228; *W. v. Bernuth*, NJW 2003, 2215 (2216); *S. Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, S. 180.

[17] So aber *M. Lieb*, NZA 1994, 337 (337).

[18] *F. Lorenz*, in: Däubler, TVG, § 3 Rn. 82.

[19] *J. Treber*, in: Schaub-ArbHdb, § 205 Rn. 41.

geführt werden.[20] Die Nachbindung ist folglich als das stärkste Sicherungsinstrument im TVG zu erachten, welches den Arbeitnehmer möglichst lange in seinem Vertrauen auf den Bestand der Tarifbindung und die Bestimmungen des Tarifvertrages schützt.

Bei einem Übertritt von der Vollmitgliedschaft in die OT-Mitgliedschaft wird § 3 Abs. 3 TVG nach ganz überwiegender Meinung analog angewendet, da es keinen Unterschied machen kann, ob sich ein Arbeitgeber durch Austritt oder durch Wechsel in die OT-Mitgliedschaft der Tarifbindung entledigen möchte.[21]

In den Fällen von Blitzaustritt und Blitzwechsel, bei denen die Mitgliedschaft verbandsrechtlich wirksam beendet wird, kann § 3 Abs. 3 TVG aber seinen Zweck, die Tarifvertragstreue zu sichern, nicht erfüllen. Grund hierfür ist, dass Blitzaustritt und Blitzwechsel stets nach Ende des alten Tarifvertrages und kurz vor Abschluss eines neuen Tarifvertrags vorgenommen werden, d.h. der für § 3 Abs. 3 TVG erforderliche Tarifvertrag ausläuft, weshalb § 3 Abs. 3 TVG nicht zur Anwendung kommt.[22] An einen zukünftigen, noch nicht wirksamen Tarifvertrag kann der Arbeitgeber aber deshalb nicht gem. § 3 Abs. 3 TVG nachgebunden werden und nach zeitlichem Auslau.

Nach dem Ende der Nachbindung schließt sich der Zeitraum der Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG an.[23]

2. *Die Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG*

Nach § 4 Abs. 5 TVG gelten nach Ablauf des Tarifvertrages seine Rechtsnormen weiter, bis sie durch andere Abmachung ersetzt werden. Diese sog. „Nachwirkung“[24] oder „Weitergeltung“[25] soll die Phase der Tariflosigkeit bis zum Abschluss des neuen Tarifvertrages überbrücken.[26] Durch die gesetzlich angeordnete Nachwirkung der Normen des Tarifvertrages wird eine drohende Inhaltsleere des

---

[20] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 100.

[21] BAG, Urteil vom 23.02.2005 – 4 AZR 186/04 – AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 42; LAG Hessen, Urteil vom 17.09.2008 – 9 SaGa 1442/08 – NZA-RR 2009, 26 (26, 2. Ls., 28); *H. Buchner*, NZA 1994, 2 (9); *H. Buchner*, NZA 2006, 1377 (1381); *P. Berg*, AuR 2001, 393 (395f.); *G. Peter*, in: Däubler, TVG, § 2 Rn. 121; *F. Bayreuther*, BB 2007, 325 (327); *W. Däubler*, ZTR 1994, 448 (453); *H.J. Willemsen/C. Mehrens*, NZA 2009, 169 (170); *M. Henssler*, in: HWK, ArbR-Kommentar, § 3 TVG Rn. 42; *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (84) m. w. N.

[22] *C.-A. Houben*, NJOZ 2008, 2170 (2170).

[23] BAG, Urteil vom 18.03.1992 – AZR 339/91 – AP TVG § 3 Nr. 13 = NZA 1992, 700 (701); BAGE 82, 27 (27, 1. Ls.) = BAG, Urteil vom 13.12.1995 – 4 AZR 1062/94 – AP TVG § 3 Verbandsaustritt Nr. 3 (Ls. 1) = NZA 1996, 769ff.; *P. Hanau*, RdA 1998, 65 (68); *S. Krauss*, DB 1995, 1562 (1562); *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 4 Rn. 409.

[24] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 4 Rn. 372.

[25] *A. Junker*, ArbR, Rn. 541, 534; *C.-A. Houben*, NJOZ, 2008, 2170 (2179).

[26] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 4 Rn. 372; *H.-W. Friedrich*, Nachwirkender Tarifvertrag und eine Ablösung durch einen Tarifvertrag eines anderen Arbeitgeberverbandes mit einer anderen Gewerkschaft, in: Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag, S. 193 (S. 200).

Arbeitsverhältnisses verhindert.[27] Die Nachwirkung ist folglich als eine „Überbrückungshilfe“ zu verstehen, durch welche dem Arbeitnehmer die Regelungen des alten Tarifvertrages zugutekommen sollen, sofern keine neuen anderweitigen Bestimmungen beschlossen werden.[28] Die Nachwirkung hat somit eine Doppelfunktion: Zum einen tarifliche Überbrückung zwischen Tarifverträgen und zum anderen individueller Vertragsinhaltsschutz für Arbeitnehmer.[29]

Im Gegensatz zur Nachbindung ist die Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG) kein besonders starkes Sicherungsinstrument, denn die Tarifnormen gelten im Nachwirkungszeitraum (§ 4 Abs. 5 TVG) nur noch unmittelbar, aber nicht mehr zwingend.[30]

Eine Besonderheit der Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG) liegt im Unterschied zur Nachbindung (§ 3 Abs. 3 TVG), darin, dass die Nachwirkung (zumindest) der Rechtsprechung nach für alle Fälle der Beendigung – also über den Wortlaut der Norm hinaus – als allgemeiner Auffangtatbestand angewandt wird.[31] In zeitlicher Hinsicht unterscheiden sich Nachbindung (§ 3 Abs. 3 TVG) und Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG) dadurch, dass, sofern kein neuer Tarifvertragsabschluss oder keine neuen einzelvertraglichen Abmachungen beschlossen werden, theoretisch die Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG qua gesetzlicher Anordnung ewig andauern kann.[32] Neu begründete Arbeitsverhältnisse werden von den Bestimmungen des alten, nur noch nachwirkenden Tarifvertrags nicht erfasst.[33]

---

[27] BAG, Urteil vom 18.03.1992 – AZR 339/91 – AP TVG § 3 Nr. 13 = NZA 1992, 700 (701); BAG, Urteil vom 28.05.1997 – 4 AZR 546/95 – AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 26; *M. Franzen*, RdA 2001, 1 (5); *R. Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, S. 540.

[28] *R. Wank*, in: Wiedemann, TVG, § 4 Rn. 327.

[29] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 4 Rn. 371ff.

[30] BAG, Urteil vom 29.01.1975 – 4 AZR218/74 – AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 8; *R. Wank,* in: Wiedemann, TVG, § 4 Rn. 323; ErfK- *M. Franzen*, § 4 TVG Rn. 50 m. w. N.

[31] BAG, Urteile vom 10.12.1997 – 4 AZR 247/96 u.a. = DB 1998, 85; BAG 13.07.1994 – 4 AZR 555/93 = NZA 1995, 479 (480); BAG, Urteil vom 02.12.1992 – 4 AZR 277/92 = NZA 1993, 655 (658); BAG, Urteil vom 18.03.1992 – AZR 339/91 – AP TVG § 3 Nr. 13= NZA 1992, 700 (701); *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 4 Rn. 409; dagegen kritisch *M. Heinze/O. Ricken*, ZfA, 2001, 159 (163ff.); zum Meinungsstand über die extensive Auslegung der Nachwirkung durch die Rechtsprechung, siehe *M. Heinze/O. Ricken*, ZfA 2001, 159 (163ff.).

[32] Jedoch wird an dieser Stelle auch von manchen Stimmen in der Literatur erwogen, parallel zur Weitergeltung nach § 3 Abs. 3 TVG, eine zeitliche Begrenzung festzusetzen. Vgl. zum Problem der „ewigen“ Nachwirkung *M. Löwisch/V.Rieble*, TVG § 4 TVG Rn. 397ff.; Herangezogen als zeitliche Begrenzung der Nachwirkung wird beispielsweise die Jahresfrist des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB bei *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 4 TVG Rn. 399; zumindest hinsichtlich der betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Tarifnormen wird sich ebenso für eine zeitliche Begrenzung ausgesprochen: *A. Hanspach*, Umfang der Nachwirkung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen, S. 158ff.

[33] BAGE 6, 90 (90, 1. Ls.); BAGE 89, 241 (241, Ls.) = BAG, Urteil vom 22.07.1998 – 4 AZR 403/97 – NZA 1998, 1287ff.

Aufgrund der Tatsache, dass die Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG weit ausgelegt wird, wirken Tarifvertragsregelungen auch im Falle von Blitzaustritt und Blitzwechsel nach.[34] Dies bedeutet, dass nach einem Blitzaustritt oder Blitzwechsel der Arbeitgeber zwar noch an den alten Tarifvertrag unmittelbar gebunden ist, diese Bindung allerdings dadurch umgehen kann, dass er die Tarifnormen des alten Tarifvertrages durch andere Abmachungen ersetzt.

3. Friedenspflicht

Es stellt sich im Kontext von Blitzaustritt und Blitzwechsel mit der Entledigung der Tarifbindung die Frage, ob durch Blitzaustritt ausgetretene oder in die OT-Mitgliedschaft gewechselte Arbeitgeber durch Arbeitskampf bestreikt werden können.

Grundsätzlich gilt, dass ein Arbeitskampf nur ausgerufen werden darf, sofern keine sog. Friedenspflicht aus dem Tarifvertrag besteht.[35] Unter Friedenspflicht wird im kollektiven Arbeitsrecht die Verpflichtung verstanden, während der Dauer des Tarifvertrags von Arbeitskampfmaßnahmen in bestimmtem Umfang keinen Gebrauch zu machen.[36] Schuldner der Friedenspflicht sind lediglich die Tarifvertragsparteien, also Arbeitgeber und Gewerkschaft bzw. Arbeitgeberverband und Gewerkschaft,[37] Gläubiger hingegen die tarifgebundenen Mitglieder der Verbände.[38]

Regelmäßig wird zwischen der relativen und der absoluten Friedenspflicht unterschieden. Die absolute Friedenspflicht untersagt jeglichen Arbeitskampf,[39] wohingegen die relative Friedenspflicht nur Arbeitskämpfe verbietet, welche die Aushebelung bzw. Änderung bestehender Tarifverträge beabsichtigen.[40] In der Praxis herrscht überwiegend die relative Friedenspflicht vor, denn sie bedarf keiner ausdrücklichen Vereinbarung[41] und wird bei jedem Tarifvertrag als notwendiges Element vorausgesetzt.[42]

---

[34] *N. Besgen*, SAE 2007, 293 (294); *H. Buchner*, NZA 1994, 2 (9); *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (84).

[35] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 46.

[36] Statt vieler: BAG, Urteil vom 27.06.1989 – 1 AZR 404/88 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 113 = NZA 1989, 969ff.; *J. Treber*, in: Schaub-ArbHdb, § 193 Rn. 29; § 208 Rn. 3ff.

[37] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 51.

[38] *H.J. Willemsen/C.Mehrens*, NZA 2009, 169 (170).

[39] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 47.

[40] BAG, Urteil vom 21.12.1982 – 1 AZR 411/80 – NJW 1983, 1750 (1750, 1. Ls.) = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 76; BAG, Urteil vom 27.06.1989 – 1 AZR 404/88 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 113 = NZA 1989, 969ff.

[41] RGZ 111, 105 (107f.); 113, 197 (199).

[42] BAG, Urteile vom 10.12.1997 – 4 AZR 247/96 u.a. = DB 1998, 85; BAG, Urteil vom 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 162; BAG, Urteil vom 27.06.1989 – 1 AZR 404/88 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 113 = NZA 1989, 969ff.; BAG, Urteil vom 21.12.1982 – 1 AZR 411/80 – NJW 1983, 1750 (1750, 1. Ls.) = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 76; BAG, Urteil vom 08.02.1957 – 1 AZR 169/55 – NJW 1957, 647 (647) = AP TVG § 1 Friedenspflicht Nr. 1; *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 14 Rn. 48.

Die Friedenspflicht enthält zum einen die Pflicht der Tarifvertragsparteien, es zu unterlassen, zu Arbeitskampfmaßnahmen aufzurufen und sie durchzuführen,[43] und zum anderen die (positive) Einwirkungspflicht der Koalitionen, gegen ihre eigenen, sich nicht an die Friedenspflicht haltenden, Mitglieder vereinsrechtlich vorzugehen[44]. Sie selbst ist, geht man von der (normativen und schuldrechtlichen) Doppelnatur der Tarifverträge aus, Teil des ungeschriebenen schuldrechtlichen Inhalts des Tarifvertrages.[45]

Umstritten ist die Frage, ob nach einem Verbandsaustritt oder Wechsel in die OT-Mitgliedschaft die Friedenspflicht als schuldrechtlicher Teil des Tarifvertrages auch weiterhin im Zeitraum der Nachbindung gem. § 3 Abs. 3 TVG bestehen bleibt.[46]

Ein diesbezüglicher Streitentscheid ist aber im Falle von Blitzaustritt und Blitzwechsel insofern entbehrlich, weil es eine Nachbindung (§ 3 Abs. 3 TVG) im Falle von Blitzaustritt und Blitzwechsel mangels geltendem Tarifvertrag nicht gibt.

4. *Tarifvertragliche Schutzlücke bei Blitzaustritt und Blitzwechsel*

Bei Blitzaustritten und Blitzwechseln ist § 3 Abs. 3 TVG mangels geltenden Tarifvertrags nicht anwendbar, obwohl die Regelung intendiert, „die „Tarifflucht“ durch „Verbandsflucht“ des einzelnen Arbeitgebers zu verhindern.[47] Der in diesen Fällen einschlägige § 4 Abs. 5 TVG ist abdingbar und entfaltet nur eingeschränkten Schutz für die Tarifgebundenen. Folglich besteht bei Ausübung der Blitzaustritte und Blitzwechsel keine Friedenspflicht und der Arbeitgeber kann bestreikt werden.[48]

[43] BAG, Urteil vom 08.02.1957 – 1 AZR 169/55 – NJW 1957, 647 (647) = AP TVG § 1 Friedenspflicht Nr. 1; BAG, Urteil vom 21.12.1982 – 1 AZR 411/80 – NJW 1983, 1750 (1750, 1. Ls.) = AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 76; BAG, Urteil vom 12.09.1984 – 1 AZR 342/83 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 81; *G. Thüsing*, in: Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 869; *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 1 Rn. 441.

[44] *G. Thüsing*, in: Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 869; dagegen kritisch gegen eine Einwirkungspflicht: *H. Buchner*, DB 1992, 572 (583); *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 1091; *B. Waas/R. Giesen*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK-ArbR, § 1 TVG Rn. 64; ErfK- *M. Franzen*, § 1 TVG Rn. 81.

[45] *A. Junker*, ArbR, Rn. 503; *H.J. Willemsen/C.Mehrens*, NZA 2009, 169 (170).

[46] Ausführlich zu dieser Frage, siehe *H.J. Willemsen/C.Mehrens*, NZA 2009, 169ff.

[47] *R. Krause*, Anm. zu BAG, Urteil vom 20.02.2008 – 4 AZR 64/07, JA 2009, 820 (821).

[48] So auch *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (84).

III. Beendigung der Vollmitgliedschaft im Arbeitgeberverband

Blitzaustritte und Blitzwechsel haben vor allem koalitionsrechtliche und tarifrechtliche Auswirkungen, sie vollziehen sich als Mitgliedschaftsbeendigungen[49] aber nach dem Vereinsrecht, da Arbeitgeberverbände meist bürgerlich-rechtliche Vereine nach §§ 21ff. BGB sind.[50] Nur bei vereinsrechtlich wirksamen Aus- oder Übertritten kann sich das koalitionsrechtliche Problem ergeben, dass möglicherweise kurzfristige, vereinsrechtlich nicht zu beanstandende Aus- und Übertritte zu Störungsquellen der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie werden und hierdurch tarifrechtlich unwirksam sind.

1. *Ordentliche Kündigung*

Austrittsmodalitäten eines Verbands ergeben sich aus der entsprechenden Satzung sowie aus der dispositiven Norm des § 39 BGB.[51] Gem. § 39 Abs. 1 BGB[52] hat jedes Vereinsmitglied ein Austrittsrecht.[53] Regelmäßig sehen die Satzungen der Koalitionen für die Beendigung der Mitgliedschaft einen Fristablauf nach § 39 Abs. 2 BGB[54] vor. Eine ordentliche Kündigungserklärung beendet das Mitgliedschaftsverhältnis somit abhängig von der in der jeweiligen Satzung bestimmten Frist.[55]

Die ordentliche Kündigung bietet sich als kurzfristige Mitgliedschaftsbeendigungsform nicht an, da sich nach der wirksamen Kündigung der Zeitraum der Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG[56] und Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG anschließt[57]. Dies wollen die Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände aber gerade durch Blitzaustritt und Blitzwechsel vermeiden. Blitzaustritt und Blitzwechsel in Gestalt einer ordentlichen Kündigung sind deshalb nicht denkbar, weil es gerade

[49] Die folgenden Beendigungsmöglichkeiten des Mitgliedschaftsverhältnisses sind die für die Thematik relevantesten Beendigungsformen der Mitgliedschaft, ein Anspruch auf Vollständigkeit wird nicht erhoben.

[50] *W. v. Bermuth*, NJW 2003, 2215 (2215); *W. Hromadka/F. Maschmann/F. Wallner*, Tarifwechsel, Rn. 180; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, ArbR, S. 95; *A. Junker*, ArbR, § 7 Rn. 497; *F. Dahlbender*, Der Austritt des Arbeitgebers aus seinem Verband zwecks Loslösung von Tarifverträgen, S. 3.

[51] ErfK- *M. Franzen*, § 3 TVG Rn. 9.

[52] § 39 Abs. 1 BGB lautet: „Die Mitglieder sind zum Austritt aus dem Verein berechtigt."

[53] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 120ff.

[54] § 39 Abs. 2 BGB lautet: „Durch die Satzung kann bestimmt werden, dass der Austritt nur am Schluss eines Geschäftsjahrs oder erst nach dem Ablauf einer Kündigung zulässig ist; die Kündigungsfrist kann höchstens zwei Jahre betragen."

[55] BAG, Urteil vom 01.12.2004 – 4 AZR 55/04 – AP TVG § 3 Verbandsaustritt Nr. 12 (2. Ls.).

[56] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 51; vgl. auch BAG, Urteil vom 07.11.2001 – 4 AZR 703/00 – AP TVG § 3 Verbandsaustritt Nr. 11.

[57] BAG, Urteil vom 17.05.2000 – 4 AZR 363/99 – EzA § 3 TVG Nr. 19 = AP TVG § 3 Verbandsaustritt Nr. 8= DB 2001, 654ff. = NZA 2001, 453ff.; *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 4 Rn. 409; ErfK- *M. Franzen*, § 4 TVG Rn. 60 m. w. N.

Charakteristikum beider ist, die „drohende" Tarifbindung eines neuen Tarifvertrages erst gar nicht eintreten zu lassen.

2. *Außerordentliche Kündigung*

Für die (gesetzliche) außerordentliche Kündigung nach § 314 BGB, als mögliche Form der einseitigen Beendigung des Mitgliedschaftsverhältnisses, bedarf es eines wichtigen Grundes.[58] Was hiervon erfasst ist, ist noch nicht abschließend geklärt.[59] Zweifellos ist das Erfordernis erfüllt, sofern bestimmte wirtschaftliche Veränderungen die Unzumutbarkeit des Festhaltens an dem geschlossenen Tarifvertrag für den Arbeitgeber begründen.[60] Der Neuabschluss eines aus Sicht des Arbeitgebers „lästigen" (beispielsweise wegen einer als unangemessen empfundenen Tariflohnerhöhung) Tarifvertrages stellt keinen wichtigen Grund dar.[61] Im Fall der außerordentlichen Kündigung findet die Nachbindung (§ 3 Abs. 3 TVG) keine Anwendung, denn dies liefe dem Sinn der besonders raschen Beendigung des Mitgliedschaftsverhältnisses zuwider.[62] Es schließt sich somit nach einem Ende der Mitgliedschaft aufgrund einer außerordentlichen Kündigung nahtlos der Nachwirkungszeitraum (§ 4 Abs. 5 TVG) an.[63]

Blitzaustritte und Blitzwechsel sind dennoch kaum durch die außerordentliche Kündigung zu verwirklichen, da sie aufgrund des Erfordernisses eines wichtigen Grundes hohe Anforderungen für den austrittswilligen bzw. wechselwilligen Arbeitgeber aufweist.

3. *Satzungsmäßiges Sonderkündigungsrecht*

Die Beendigung der Mitgliedschaft aus dem Arbeitgeberverband kann auch mittels eines satzungsrechtlichen Sonderkündigungsrechts herbeigeführt werden. Diese Beendigungsform der Mitgliedschaft ist dann durch die Satzung ausgestaltet. Aufgrund seiner Satzungsautonomie[64] kann der Arbeitgeberverband beschließen, unter welchen Voraussetzungen den Mitgliedern ein Sonderkündigungsrecht[65] zusteht. Das Sonderkündigungsrecht qua Satzung ist aber nicht mit der außerordentlichen Kündigung zu verwechseln. Denn das Sonderkündigungsrecht besteht lediglich in den Fällen, in denen es in der Satzung wirksam beschlossen

[58] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 53ff.; ErfK- *M. Franzen*, § 3 TVG Rn. 10; *H. Oetker*, in: Wiedemann, TVG, § 3 Rn. 54.

[59] ErfK- *M. Franzen*, § 3 TVG Rn. 10.

[60] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 55, § 1TVG Rn. 533ff.; ErfK- *M. Franzen*, § 1 TVG Rn. 34, § 3 TVG Rn. 10.

[61] *S. Krauss*, DB 1995, 1562 (1562); ErfK- *M. Franzen*, § 1 TVG Rn. 34, § 3 TVG Rn. 10; *P. Berg*, 2001, 393 (395) m. w. N.

[62] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 55; dagegen *F. Lorenz*, in: Däubler, TVG, § 3 TVG Rn. 54.

[63] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 55.

[64] Siehe hierzu näher *F. Gamillscheg*, KollArb I, S. 212ff.

[65] Dies geschah in der Blitzaustritt-Entscheidung, siehe Viertes Kapitel: B. I.

wurde.[66] Die außerordentliche Kündigung hingegen besteht immer, unabhängig von der Verbandssatzung, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes.[67]

Der Vorteil solcher satzungsmäßigen Sonderkündigungsrechte liegt regelmäßig in ihrer kurzen Frist, welche vor allem innerhalb tarifloser Zeiträume entscheidend sein können. Diese Umstände machen das satzungsrechtliche Sonderkündigungsrecht zu einer geeigneten Beendigungsform für Blitzaustritte und -wechsel.

4. *Aufhebungsvertrag*

Der Austritt aus dem Verband ist weiterhin aufgrund eines Aufhebungsvertrags mit sofortiger Wirkung für die Zukunft möglich.[68] Im Gegensatz zur Kündigung gelten für den Aufhebungsvertrag keinerlei Fristen, da diese die Koalition nur vor einem ungewollten Austritt schützen sollen.[69] Die Zulässigkeit der einvernehmlichen Beendigung einer vereinsrechtlichen Verbandsmitgliedschaft ergibt sich aus allgemeinem Vertragsrecht.[70] Verfassungsrechtlich lässt sich dieses Recht zur einvernehmlichen Beendigung der Mitgliedschaft durch Aufhebungsvertrag auf die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit[71] zurückführen, insbesondere in der für Dauerschuldverhältnisse besonderen Variante der Vertragsbeendigungsfreiheit.[72]

Bei einem wirksamen Aufhebungsvertrag folgen zwar die Zeiträume der Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG[73] und (anschließend) der Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG. Dennoch ist der Aufhebungsvertrag eine geeignete Beendigungsform für Blitzaustritte und Blitzwechsel, da die Möglichkeit besteht, einvernehmlich die Aufhebung der Mitgliedschaft ohne Frist zu vereinbaren, und innerhalb eines tariflosen Zustandes § 3 Abs. 3 TVG nicht zur Anwendung kommt. Durch

[66] Dies war gerade in der Blitzaustritt-Entscheidung vor dem BAG nicht der Fall, das BAG deutete aber die Willenserklärungen der Parteien in einen Aufhebungsvertrag um, siehe Viertes Kapitel: B. II. 1., 2.

[67] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 53.

[68] *H. Oetker*, ZfA 1998, 41 (46ff.); ErfK- *M. Franzen*, § 3 TVG Rn. 9; *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 59; *S. Krauss*, DB 1995, 1562 (1562); a. A.: *H. Plander*, NZA 2005, 897 (902): „Der Vorstand kann Mitgliedern ein nicht an die Kündigungsfrist gebundenes Ausscheiden auch nicht durch Aufhebungsvertrag ermöglichen […] Mitglieder können damit den Verband nicht wirksam „von heute auf morgen" verlassen, um einem für demnächst zu erwartenden Tarifabschluss und ihrer sich gemäß § 3 Abs. 3 TVG abzeichnenden Bindung an den neuen Tarifvertrag noch kurzfristig auszuweichen - auch nicht im Einvernehmen mit dem Vorstand."

[69] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG; § 3 Rn. 59.

[70] *H. Oetker*, ZfA 1998, 41 (46f.); siehe hierzu näher *A. Kühnel*, *A. Kühnel,* Zeitliche Grenzen der gemäß § 3 Abs. 3 TVG fortbestehenden Tarifgebundenheit beim Verbandsaustritt des Arbeitgebers, S. 35.

[71] *V. Epping*, Grundrechte, Rn. 552.

[72] *H. Oetker*, ZfA 1998, 41 (46); *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 34 Rn. 27 m. w. N.

[73] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 86.

Aufhebungsvertrag kann gleichzeitig vereinbart werden, dass die Vollmitgliedschaft in eine OT-Mitgliedschaft umgestuft wird.[74]

IV. Zwischenergebnis: Blitzaustritt und Blitzwechsel als effektive Tariffluchtoption während des tariflosen Zeitraums

Abschließend lässt sich festhalten, dass Blitzaustritt und Blitzwechsel Spielarten der kurzfristigen Entgehung der Tarifbindung von Verbandstarifverträgen[75] sind. Ihre Besonderheit liegt darin, dass Blitzaustritt und Blitzwechsel in einem Zeitraum erfolgen, in welchem das stärkste Tarifbindungssicherungsmittel der TVG, die Nachbindung (§ 3 Abs. 3 TVG) keine Wirkung entfalten kann, da eine Nachbindung an den alten Tarifvertrag nicht möglich ist, wenn dieser ausgelaufen ist. Das Sicherungsmittel der Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG) kommt zwar für den alten Tarifvertrag zur Anwendung, seine Wirkung kann aber aufgrund seiner Abdingbarkeit verhältnismäßig schnell und einfach ausgehebelt werden.

Regelmäßig werden Blitzaustritte und Blitzwechsel entweder mittels eines zwischen Arbeitgeber und Arbeitgeberverband geschlossenen einvernehmlichen Aufhebungsvertrags oder mittels eines satzungsrechtlichen Sonderkündigungsrechts vollzogen.

---

[74] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 63.

[75] *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 606).

B. Bundesarbeitsgerichtliche Entscheidungen zu Blitzaustritt und Blitzwechsel

I. Die Blitzaustritt-Entscheidung

Das BAG hatte am 20.02.2008 zu folgendem Sachverhalt[1] eine Entscheidung zu treffen:

Der Kläger begehrte von dem Beklagten eine Einmalzahlung aus dem Tarifvertrag „Tarifvertrag über eine Einmalzahlung im Jahr 2005" in Höhe von 300 Euro (brutto).[2] Ob der Anspruch auf diese Einmalzahlung des Klägers bestand, hing maßgeblich von der Frage ab, ob der Arbeitgeber des Klägers zum fraglichen Zeitpunkt tarifgebunden in einem Arbeitgeberverband organisiert war. Der Kläger war seit dem 16.02.1994 bei dem Beklagten, dem als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierten Universitätsklinikum, beschäftigt und Mitglied in der Gewerkschaft ver.di.[3]

Der beklagte Arbeitgeber war Mitglied im Arbeitgeberverband „Arbeitsrechtliche Vereinigung Hamburg e.V." (im Folgenden AVH), mit der ver.di den Tarifvertrag „Tarifvertrag über eine Einmalzahlung im Jahr 2005" mit Wirkung ab dem 01.10.2005 am 19.09.2005 geschlossen hatte.[4] Dieser Tarifvertrag sah eine Übernahme des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst (TVöD) für die im Arbeitgeberverband organisierten Arbeitgeber vor.[5] Aufgrund des Umstandes, dass einige Mitglieder des Arbeitgeberverbandes eine Übernahme des TVöD strikt ablehnten, beschloss der Arbeitgeberverband auf einer Mitgliederversammlung am 11.03.2005 eine vorübergehende Satzungsänderung, welche ein Sonderaustrittsrecht von Krankenhäusern vorsah.[6] Die Satzungsänderung lautete wie folgt:

> *„Die Mitgliederversammlung anerkennt auf Antrag des Vorstandes einstimmig die Dringlichkeit folgenden Beschlusses zur vorübergehenden Änderung der Satzung und beschließt einstimmig, […] dass der Austritt […] mit Ablauf des dritten Tages wirksam wird, der auf den Tag folgt, an dem die schriftliche Austrittserklärung abgegeben wird."*[7]

Die Gewerkschaft ver.di wurde als Vertragspartner über diesen Beschluss in Kenntnis gesetzt, der aber nicht ins Vereinsregister eingetragen wurde.[8] Am 23.09.2005 erklärte der beklagte Arbeitgeber in einem Schreiben an den Vorstand

[1] BAGE 126, 75ff.
[2] BAGE 126, 75 (75 Rn. 1).
[3] BAGE 126, 75 (75 Rn. 2).
[4] BAGE 126, 75 (75 Rn. 2).
[5] BAGE 126, 75 (75f. Rn. 3).
[6] BAGE 126, 75 (75f. Rn. 3).
[7] BAGE 126, 75 (75f. Rn. 3).
[8] BAGE 126, 75 (76 Rn. 4).

der AVH unter Bezugnahme auf das Sonderaustrittsrecht seinen Austritt mit Wirkung zum 29.09.2005, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin.[9] Auf dieses Schreiben erklärte die AVH, dass sie die Austrittserklärung vom 23.09.2005 erhalten habe und damit annehme.[10] Mit seiner Klage vom 20.01.2006 verlangte der Kläger die Einmalzahlung von insgesamt 300 Euro für das Jahr 2005.

Die Revisionen des beklagten Arbeitgebers und der Nebenintervenientin (AVH) hatten vor dem BAG Erfolg: Der Kläger hatte keinen Anspruch auf die begehrte Einmalzahlung, da der beklagte Arbeitgeber bei Inkrafttreten des Tarifvertrages am 01.10.2005 nicht mehr tarifgebunden war.[11]

II. Problemstellung der Entscheidung und Lösung des Bundesarbeitsgerichts

Die erste Frage, die sich das BAG stellen musste, war, ob der Beklagte einen solchen, äußerst kurzfristigen Austritt vereinsrechtlich wirksam durchführen konnte. Die zweite Frage betraf die koalitionsrechtliche Seite des Falls, nämlich, ob und wann Wirksamkeitsbedenken wegen einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie oder wegen entgegenstehender Grundrechtspositionen anderer bestehen und welche Rechtsfolgen solche mit sich bringen.[12]

1. *Vereinsrechtliches bzw. satzungsrechtliches Problem des Blitzaustritts*

Das BAG hat den äußerst kurzfristigen Austritt des Arbeitgebers aus der AVH im konkreten Fall vereinsrechtlich für wirksam erklärt.[13] Es hat den Austritt des Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband aber nicht als einen Austritt mithilfe Sonderaustrittsrechts ausgelegt.[14]

Grundsätzlich hat das BAG die Möglichkeit eines in der Satzung statuierten Sonderaustrittsrechts anerkannt.[15] Allerdings bedürfe es für die Wirksamkeit einer solchen Satzungsänderung einer Eintragung ins Vereinsregister.[16] Zwar werde teilweise vertreten, dass auch im Vereinsrecht eine sog. „punktuelle Satzungsdurchbrechung“ ohne die für eine Satzungsänderung erforderliche Eintragung in das Vereinsregister wirksam sei.[17] Die Voraussetzungen für eine solche „punktuelle Regelung“ lägen aber schon nicht vor, da das Ende des dafür vorgesehen Zeitraumes, nämlich das Inkrafttreten des neuen Tarifvertrages, gar nicht absehbar gewesen sei.[18] Das Sonderaustrittsrecht sei daher eine eintragungsbedürftige Mate-

[9] BAGE 126, 75 (76 Rn. 5).
[10] BAGE 126, 75 (76 Rn. 6).
[11] BAGE 126, 75 (77 Rn. 13).
[12] BAGE 126, 75 (77 Rn. 13).
[13] BAGE 126, 75 (78 Rn. 14ff.).
[14] BAGE 126, 75 (78 Rn. 14f.).
[15] BAGE 126, 75 (78 Rn. 15).
[16] BAGE 126, 75 (78 Rn. 15).
[17] BAGE 126, 75 (78 Rn. 16f.).
[18] BAGE 126, 75 (79 Rn. 19).

rie gewesen.[19] Ein wirksames Sonderaustrittsrecht war aufgrund der fehlenden Eintragung in das Vereinsregister somit nicht zustande gekommen.[20]

2. *Vereinsrechtliche Konstruktion des Bundesarbeitsgerichts im Blitzaustrittsfall*

Das BAG konzipiert dennoch einen vereinsrechtlich wirksamen Austritt aus dem Arbeitgeberverband,[21] indem es der Austrittserklärung des Beklagten zwei Erklärungen entnimmt:[22] Der Beklagte berufe sich zwar auf das in der Mitgliederversammlung beschlossene Sonderaustrittsrecht, füge aber hinzu, „hilfsweise und vorsorglich zum nächstmöglichen Termin“[23] austreten zu wollen.[24] Die Intention des Beklagten, den Austritt dringlich anzustreben und rechtlich zu wollen, werde unmissverständlich deutlich.[25] Somit deutet das BAG die Schreiben des Beklagten vom 23.09.2005 zu einem Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrag über die Mitgliedschaft des Beklagten zum schnellstmöglichen Zeitpunkt um (§ 140 BGB).[26] Dem Schreiben der AVH wurden zwei Erklärungen entnommen:[27] Zum einen wollte die AVH den Eingang des Schreibens des Beklagten bestätigen und zum anderen aber auch einen schnellstmöglichen Austritt aus dem Arbeitgeberverband unterstützen und folglich das Angebot zum Aufhebungsvertrag des Beklagten annehmen.[28] Ein weiterer Grund, der dafür spricht, dass der Aufhebungsvertrag sowohl im Interesse des Beklagten als auch der AVH stand, ist, dass die AVH durch die auf der Mitgliederversammlung beschlossene Satzungsänderung den kurzfristigen Austritt, wie im Fall des Beklagten, in der konkreten Situation unterstützte und ermöglichen wollte.[29]

3. *Koalitionsrechtliches Problem des Blitzaustritts*

Das BAG äußert dennoch koalitionsrechtliche Wirksamkeitsbedenken, obwohl es im vorliegenden Fall einen vereinsrechtlich wirksamen Austritt des Beklagten aus dem Arbeitgeberverband feststellt.[30] Denn mögliche Wirksamkeitsbedenken könnten sich aus koalitionsrechtlicher Sicht dann ergeben, wenn durch solche kurzfristigen Austritte die Verhandlungsgrundlage von laufenden Tarifverhandlungen in nicht unerheblichem Maße beeinträchtigt würde.[31]

[19] BAGE 126, 75 (79 Rn. 19).
[20] BAGE 126, 75 (79 Rn. 19).
[21] BAGE 126, 75 (79 Rn. 22ff.).
[22] BAGE 126, 75 (80 Rn. 23).
[23] BAGE 126, 75 (76 Rn. 6).
[24] BAGE 126, 75 (81 Rn. 28).
[25] BAGE 126, 75 (82 Rn. 29).
[26] BAGE 126, 75 (80 Rn. 24).
[27] BAGE 126, 75 (83 Rn. 34).
[28] BAGE 126, 75 (83 Rn. 34).
[29] BAGE 126, 75 (83f. Rn. 37).
[30] BAGE 126, 75 (84 Rn. 38ff.).
[31] BAGE 126, 75 (85 Rn. 41, 43).

Koalitionsrechtliche Bedenken stünden dem Ende der Tarifbindung dann nicht entgegen, wenn die Gewerkschaft auf derartige satzungsgemäße, kurzfristige Austrittsmöglichkeiten oder Austritte im Rahmen der Verhandlungen reagieren könne.[32] Insbesondere für die Gewerkschaft bestimme die Vorstellung über die Mitglieder des Arbeitgeberverbandes die Verhandlungsführung.[33] Daher bestünde die Gefahr, dass durch die Veränderung des Mitgliederbestandes, bei fehlender Kenntnis der Gewerkschaft die Interessen der Gewerkschaft nicht dem Ziel der Tarifautonomie entsprechend verfolgt werden könnten.[34]

Es könne sich daher aus der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ergeben, dass kurzfristige Veränderungen im Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbandes der Gewerkschaft mitzuteilen seien.[35] Ob ein solches „Transparenzgebot" bestehe, sei vom jeweiligen Einzelfall abhängig.[36] Ansatzpunkt für die Frage eines Transparenzgebots sei, ob die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie bei Unkenntnis der Gewerkschaft gewahrt werde.[37]

Darüber hatte das BAG im vorliegenden Fall jedoch nicht zu entscheiden, da schon früh offen gelegt wurde, dass der Beklagte ebenso wie andere zur AVH gehörende Krankenhäuser zusätzliche Sonderregelungen für ihren Bereich verlangten und drohten, sie würden andernfalls die Übernahme des TVöD nicht akzeptieren und sich dessen Regelungen durch Austritt entziehen.[38] Unter diesen Umständen, so das BAG, bedürfe es keiner ausdrücklichen Mitteilung des Arbeitgeberverbandes an die Gewerkschaft über den tatsächlich erfolgten Austritt der Beklagten aus dem Verband.[39]

III. Die Blitzwechsel-Entscheidung

Kurze Zeit nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum Blitzaustritt ergingen zwei parallel gelagerte Urteile des Bundesarbeitsgerichts zum Blitzwechsel[40]. Im Folgenden wird jedoch aufgrund der Ähnlichkeit der Fälle nur auf eine Entscheidung[41] Bezug genommen.

[32] BAGE 126, 75 (85 Rn. 42).
[33] BAGE 126, 75 (85f. Rn. 43f.).
[34] BAGE 126, 75 (86 Rn. 44).
[35] BAGE 126, 75 (87 Rn. 46).
[36] BAGE 126, 75 (87 Rn. 46).
[37] BAGE 126, 75 (87 Rn. 46).
[38] BAGE 126, 75 (87f. Rn. 47).
[39] BAGE 126, 75 (87f. Rn. 47).
[40] BAGE 127, 27ff. und BAG, Urteil vom 04.06.2008 – AZR 316/07 (Vorinstanz LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 19.01.2007 – 7 Sa 86/06) – juris.
[41] BAGE 127, 27ff.

1. Die OT-Mitgliedschaft

Die sog. „OT-Mitgliedschaft“[42] ist eine besondere Form der Mitgliedschaft[43] eines Arbeitgebers innerhalb eines Arbeitgeberverbandes. Sie stellt eine Mitgliedschaft „*O*hne *T*arifbindung“ dar. Hierdurch kann ein Arbeitgeber die Vorzüge einer Verbandsmitgliedschaft (z.B. Rechtsberatung, Ausbildung und arbeitsgerichtliche Vertretung nach § 11 ArbGG) genießen ohne die „Nachteile“ (in der Regel die „hohen Tariflohnkosten“) in Kauf nehmen zu müssen.[44]

a. OT-Mitgliedschaftsmodelle

Im Grunde gibt es zwei Modelle für OT-Mitgliedschaften: Das sog. Stufenmodell und das sog. Aufteilungsmodell.[45]

Beim Stufenmodell[46] werden zwei verschiedene Formen der Mitgliedschaft innerhalb eines Verbandes (deshalb auch „verbandsinternes Modell“[47] genannt) angeboten: Die „Vollmitgliedschaft“ ist eine tarifgebundene Mitgliedschaft, die OT-Mitgliedschaft ist die verbandsrechtliche Mitgliedschaft ohne Tarifgeltung.[48] Die Rechte der OT-Mitglieder sind im Gegensatz zu den Rechten der Vollmitglieder stark verschieden, was sich in der Satzung des Arbeitgeberverbandes niederschlagen muss.[49]

Beim Aufteilungsmodell[50] werden zwei Organisationen von Arbeitgeberverbänden (auch „Parallelverbandsmodell“[51] genannt) gegründet, wobei nur eine Tarifverträge abschließt.[52] Eine Kooperation unter ihnen ist möglich, jedoch darf die nicht-tarifvertragsabschließende Organisation keinen Einfluss auf die Tarifpo-

---

[42] Hierzu weitergehend: *M.H. Ostrop*, Mitgliedschaft ohne Tarifbindung; *N. Besgen*, Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung – Tarifflucht statt Verbandsflucht, sowie *C. Franzke,* OT-Mitgliedschaften.

[43] Ob sich ein Wechsel von der Vollmitgliedschaft in die OT-Mitgliedschaft oder in eine tarifunabhängige Gast-Mitgliedschaft vollzieht, ist im Ergebnis unerheblich, da ein Wechsel in alle tarifbindungslose Mitgliedschaften gleich gehandhabt werden muss; so auch BAG, Urteil vom 26.08.2009 – 4 AZR 285/08 (Vorinstanz LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 01.04.2008 – 11 Sa 1521/07) = NZA 2010, 230ff. und BAG, Urteil vom 23.09.2009 – 4 AZR 346/08 (Vorinstanz LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29.11.2007 – 20 Sa 1281/07) – juris.

[44] *R. Giesen*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK-ArbR, § 3 TVG, Rn. 3; *W. Glaubitz*, NZA 2003, 140 (140).

[45] *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 75ff.; *O. Deinert*, AuR 2007, 217 (217); *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (84); *R. Giesen*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK-ArbR, § 3 TVG, Rn. 3. Innerhalb des Stufenmodells gibt es verschiedene Formen, inwiefern die Tarifbindung durch den Arbeitgeberverband hinsichtlich ihrer OT-Mitglieder beschränkt wird, siehe hierzu erläuternd *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 76; *C. Franzke*, OT-Mitgliedschaften, S. 17ff.

[46] Siehe hierzu *C. Franzke*, OT-Mitgliedschaften, S. 160ff.; *S.-J. Otto*, NZA 1996, 624 (627ff.).

[47] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (84).

[48] *O. Deinert*, AuR 2007, 217 (217).

[49] BAG, Urteil vom 26.08.2009 – 4 AZR 294/08 – NZA-RR 2010, 305 (305, 306).

[50] Siehe hierzu *C. Franzke*, OT-Mitgliedschaften, S. 156 ff.; *S.-J. Otto*, NZA 1996, 624 (624ff.).

[51] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (84).

[52] *S.-J. Otto*, NZA 1996, 624 (624ff.); *O. Deinert*, AuR 2007, 217 (217).

litik (insbesondere bei Tarifvertragsverhandlungen und beim Abschluss von Tarifverträgen) der tarifschließenden Organisation haben.[53] Die nicht-tarifschließende Organisation ist weder tarifwillig noch tariffähig; Arbeitgeber in diesem Verband genießen nicht den Verbandsschutz im Arbeitskampf und sind gleichzeitig auch nicht an einen Tarifvertrag gebunden.[54]

b. Voraussetzungen der Zulässigkeit von OT-Mitgliedschaftsmodellen

Das Recht, die OT-Mitgliedschaft in einem Verband anzubieten, ergibt sich aus der kollektiven Koalitionsfreiheit der Verbände, insbesondere ihrer Verbandsautonomie.[55] Somit besteht die Möglichkeit, für diejenigen Arbeitgeber, die sich tariflich binden möchten, die Vollmitgliedschaft und für diejenigen, welche sich nicht tariflich binden möchten, die OT-Mitgliedschaft als Mitgliedschaftsformen bereitzustellen.[56]

Mittlerweile wurden rechtliche Voraussetzungen und Problemfelder der OT-Mitgliedschaften in Rechtsprechung[57] und Literatur[58] eingehend thematisiert. Beide Modelle werden überwiegend für zulässig erachtet.[59] Beide Erscheinungsformen sind aber nur rechtmäßig, sofern sie auf einer satzungsrechtlichen Grundlage beruhen,[60] welche die Rechte der OT-Mitglieder streng von den Rechten der Vollmitglieder unterscheidet und Einflussmöglichkeiten der OT-Mitglieder auf tarifvertragliche Fragen verhindert[61]. Eine satzungsrechtliche Trennung und Grundlage für die unterschiedlichen Mitgliedschaften ist daher unerlässlich, da nur so der Grundsatz der Unabhängigkeit sowie des Verbandes gewahrt werden

[53] *R. Giesen*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK-ArbR, § 3 TVG, Rn. 3.

[54] *O. Deinert*, AuR 2007, 217 (217).

[55] *N. Besgen*, SAE 2007, 293 (293).

[56] *N. Besgen*, SAE 2007, 293 (293).

[57] Statt vieler BVerfG, Beschluss vom 01.12.2010 – 1 BvR 2593/09 – NZA 2011, 60f.; BAG, Beschluss vom 18.06.2006 – 1 ABR 36/05 – NZA 2006, 1225ff.; BAG, Urteil vom 22.04.2009 – 4 AZR 111/08 – NZA 2010, 105 (105, 107f.).

[58] Hierzu weitergehend: *M.H. Ostrop*, Mitgliedschaft ohne Tarifbindung; *N. Besgen*, Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung – Tarifflucht statt Verbandsflucht; *C. Franzke,* OT-Mitgliedschaften.

[59] BAG, Beschluss vom 18.06.2006 – 1 ABR 36/05 – NZA 2006, 1225ff.; LAG Rheinland-Pfalz NZA 1995, 800 (800); *F. Bayreuther*, BB 2007, 325 (326); *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 TVG Rn. 50ff.; *H. Oetker*, in: Wiedemann, TVG, § 3 Rn. 136f.; *S.-J. Otto*, NZA 1996, 624 (625); *R. Giesen*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK-ArbR, § 3 TVG, Rn. 4 m. w. N.; a. A.: *F. Lorenz*, in: Däubler, TVG, § 3 TVG Rn. 36f.; *G. Thüsing/V. Stelljes*, ZfA 2005, 527 (529ff., 537ff.); *O. Deinert*, AuR 2006, 217 (224); nur gegen das Stufenmodell: *W. Glaubitz*, NZA 2003, 140 (141ff.); *C. Franzke,* OT-Mitgliedschaften., S. 228, 160ff. Hinsichtlich des Modells der abgestuften Mitgliedschaft bestehen mehr Bedenken, da hierbei von einigen Stimmen in der Literatur bezweifelt wird, ob ein- und derselbe Verband beispielsweise die Mitgliedschaftsbeiträge in der Weise trennt, dass die Beiträge der OT-Mitglieder in Arbeitskampffonds fließen, welche lediglich für die Vollmitglieder bestimmt sind.

[60] BAG, Urteil vom 26.08.2009 – 4 AZR 294/08 – NZA-RR 2010, 305 (305, 306); *A. Wroblewski*, NZA 2007, 421 (421ff.); *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (89, 90) m. w. N.

[61] BAG, Urteil vom 22.04.2009 – 4 AZR 111/08 – NZA 2010, 105 (105, 107f.); BVerfG, Beschluss vom 01.12.2010 – 1 BvR 2593/09 – NZA 2011, 60 (60f.).

kann.[62] Denn ansonsten könnten Mitglieder des Arbeitgeberverbandes auf einen Tarifvertrag Einfluss nehmen, obwohl sie nicht an den Tarifvertrag gebunden werden würden. Ein vereinsrechtlich „vollwertiges“ OT-Mitglied, ist kein Verbandsmitglied im Sinne des § 3 TVG.[63]

c. Gleichlauf von Verbandsaustritt und Wechsel in OT-Mitgliedschaft

Die im Verband organisierten Arbeitgeber können einen Statuswechsel von einer Vollmitgliedschaft in eine OT-Mitgliedschaft genauso wie einen Austritt aus dem Arbeitgeberverband aufgrund der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG vollziehen.[64] Er vollzieht sich nach dem Vereinsrecht.[65] Tarifrechtlich zieht der Statuswechsel die gleichen Folgen wie ein Austritt nach sich.[66] Aus tarifrechtlicher Sicht kann kein Unterschied zwischen einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber wegen Austritts und einem nicht mehr tarifgebundenen Arbeitgeber wegen Statuswechsels in die OT-Mitgliedschaft gemacht werden.[67] Das illustriert folgender Fall:

2. Sachverhalt

Am 04.06.2008 hatte das BAG über folgenden Sachverhalt zu befinden: Der Kläger begehrte von dem beklagten Arbeitgeber die Zahlung von Tariflohn nach einem tariflichen Lohnabkommen für die Druckindustrie aus dem Jahre 2002.[68] Dabei ging es ebenso wie im Blitzaustritt-Fall vornehmlich um die Frage, ob der Beklagte als Mitglied der Tarifvertragspartei tarifgebunden war. Der Kläger war seit dem 01.10.1978 bei der Beklagten in der Druckindustrie als Arbeitnehmer beschäftigt und in der Gewerkschaft ver.di organisiert.[69] Der beklagte Arbeitgeber war seinerseits seit 1959 als „ordentliches Mitglied mit Tarifbindung“ bei dem Arbeitgeberverband „Verband Druck und Medien Bayern e.V.“ (im Folgenden vdmb) organisiert, welcher wiederum Mitglied im „Bundesverbund Druck und Medien“ (im Folgenden BVMD) war.[70] Laut Satzung des vdmb war neben der Mitgliedschaft mit Tarifbindung auch eine Mitgliedschaft „ohne Tarifbindung“ vorgesehen, in die ein Arbeitgeber mit Tarifbindung „jederzeit auf schriftlichen Antrag durch Beschluss des Vorstandes“ wechseln konnte, „wenn die Tarifbin-

[62] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (86).
[63] *F. Bayreuther*, BB 2007, 325 (328).
[64] *N. Besgen*, SAE 2007, 293 (293); *R. Giesen*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK-ArbR, § 3 TVG, Rn. 4.
[65] Siehe hierzu näher Viertes Kapitel: A. III.
[66] LAG Hessen, Urteil vom 17.09.2008 – 9 SaGa 1442/08 – NZA-RR 2009, 26 (26, 2. Ls., 28); *H.J. Willemsen/C. Mehrens*, NZA 2009, 169 (170); *H.J. Willemsen/C. Mehrens*, NZA 2010, 307 (307); *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II, § 13 Rn. 79; *N. Besgen*, SAE 2007, 293 (294).
[67] *H.J. Willemsen/C. Mehren*s, NZA 2009, 169 (170).
[68] BAGE 127, 27 (27 Rn. 1).
[69] BAGE 127, 27 (27 Rn. 2).
[70] BAGE 127, 27 (27f. Rn. 2).

dung auch unter Berücksichtigung des gemeinsamen Verbandsinteresses an gleichen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in der Branche für das Mitglied unzumutbar" seien.[71] Am 29.05.2002 wurde zwischen der Gewerkschaft ver.di und dem BVMD eine Vereinbarung über ein Lohnabkommen unterzeichnet, welches bei Annahme der beiden Verhandlungspartner bis zum 19.06.2002 rückwirkend zum 01.04.2002 in Kraft treten sollte.[72] Diese Annahme beider Verhandlungsparteien kam auch zu Stande.

Der beklagte Arbeitgeber beantragte am 10.06.2002 schriftlich ihren Wechsel von der Voll- in eine OT-Mitgliedschaft, da sich die wirtschaftliche Situation des Unternehmens erheblich verschlechtert habe.[73] Der Antrag der Beklagten auf Wechsel in die OT-Mitgliedschaft mit sofortiger Wirkung wurde am 18.06.2002 vom vdmb bestätigt.[74] Somit kam es dazu, dass die Beklagte, die seit August 2003 wieder Vollmitglied im Arbeitgeberverband ist, dem Kläger für den Monat April 2002 die tarifliche Einmalzahlung und für den Zeitraum von Mai 2002 bis Juli 2003 den Tariflohn verwehrte[75].

IV. Problemstellung der Entscheidung und Lösung des Bundesarbeitsgerichts

Die Stoßrichtungen der Blitzaustritt- und der Blitzwechsel-Entscheidungen sind also letztlich sehr ähnlich, da es in beiden Fällen verfassungsrechtlich um die Frage geht, ob vereinsrechtlich nicht zu beanstandende Entledigungen der Vollmitgliedschaft nicht die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie[76] beeinträchtigen.[77]

1. *Vereinsrechtliche Problematik hinsichtlich OT-Mitgliedschaft*

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts lagen grundsätzlich die erforderlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine wirksame OT-Mitgliedschaft innerhalb eines Arbeitgeberverbandes vor.[78] Insbesondere hinsichtlich des Ausschlusses der OT-Mitglieder von der tarifpolitischen Willensbildung des vdmb sei durch die Satzung ein Gleichlauf von Betroffenheit und Verantwortlichkeit gewährleistet worden.[79] Aufgrund der den Verbänden verliehenen Satzungsautonomie seien sie grundsätzlich befugt, ihren Mitgliedern Mitgliedschaften ohne Tarifbindung zu ermöglichen.[80]

[71] BAGE 127, 27 (28 Rn. 2).
[72] BAGE 127, 27 (29f. Rn. 3).
[73] BAGE 127, 27 (30 Rn. 4).
[74] BAGE 127, 27 (30 Rn. 5).
[75] BAGE 127, 27 (31 Rn. 7, 9).
[76] BAGE 127, 27 (35f. Rn. 26).
[77] BAGE 127, 27 (43 Rn. 57).
[78] BAGE 127, 27 (35f. Rn. 25f.).
[79] BAGE 127, 27 (38 Rn. 37).
[80] BAGE 127, 27 (36f. Rn. 32).

2. *Koalitionsrechtliche Problematik*

Eine Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sei insbesondere dann anzunehmen, wenn diejenigen Arbeitgeber, die vertreten durch den Verband an den Tarifverhandlungen teilnähmen, nicht mit denjenigen übereinstimmen würden, welche nach dem Tarifvertragsschluss an den Tarifvertrag gebunden seien.[81] Für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sei es erforderlich, dass durch Verbandssatzungen der Arbeitgeberverbände „ein Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit" sichergestellt werde, der auch nicht während laufender Tarifverhandlungen entfallen dürfe.[82]

Die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft und der Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch den Blitzwechsel sei gem. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, § 134 BGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, hier des Wechsels in die OT-Mitgliedschaft.[83] Damit bliebe der Arbeitgeber trotz eines vereinsrechtlich wirksamen Wechsels weiter nach § 3 Abs. 1 TVG[84] tarifgebunden.[85]

Im Grundsatz dürfe die Gewerkschaft darauf vertrauen, dass diejenigen Arbeitgeber, die bei Verhandlungsbeginn Mitglied des an den Tarifverhandlungen beteiligten Arbeitgeberverbandes seien, auch später an den neu ausgehandelten Tarifvertrag gebunden seien.[86] Unter Umständen sei eine Mitteilung über den Statuswechsel an die Gewerkschaft erforderlich, um konkrete Störungen der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie unter Berücksichtigung des Fairnessgebotes zu verhindern.[87] Ob eine solche Störung vorliege, hänge von vielen verschieden Faktoren ab: von der Belegschaftsgröße des betreffenden wechselwilligen Unternehmens, seiner Verflechtung mit anderen Unternehmen, aber auch von dem persönlichen Einfluss der Unternehmensrepräsentanten.[88]

Die Entscheidung im Einzelfall, ob durch den „Blitzwechsel" die Verhandlungssituation und die Rahmenbedingungen für den geplanten Abschluss wesentlich verändert worden seien, sei aber nicht Aufgabe der Gerichte, sondern Sache des Verhandlungspartners, also der Gewerkschaft.[89] Auch die Bestimmung des Zeitpunktes, wann eine Mitteilung an die Gewerkschaft zu machen sei, hänge vom Einzelfall ab.[90]

---

[81] BAGE 127, 27 (46ff. Rn. 65).
[82] BAGE 127, 27 (46 Rn. 65).
[83] BAGE 127, 27 (48f. Rn. 72).
[84] § 3 Abs. 1 TVG lautet: „Tarifgebunden sind die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrags ist."
[85] BAGE 127, 27 (48f. Rn. 72).
[86] BAGE 127, 27 (46 Rn. 65).
[87] BAGE 127, 27 (47f. Rn. 68).
[88] BAGE 127, 27 (46f. Rn. 66).
[89] BAGE 127, 27 (46f. Rn. 66).
[90] BAGE 127, 27 (49 Rn. 73).

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe befand das BAG, dass der Kläger einen Anspruch gegen den beklagten Arbeitgeber aufgrund des tarifrechtlich unwirksamen Wechsels auf die ausstehenden tariflichen Leistungen für den Zeitraum April 2002 bis Juli 2003 hatte.[91]

V. Zusammenfassung der bundesarbeitsgerichtlichen Leitentscheidungen

Essenz beider Entscheidungen ist, dass das BAG grundrechtlich abwägend eine Informationsobliegenheit der Arbeitgeberverbände gegenüber den Gewerkschaften während der Tarifverhandlungen für Änderungen im Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbands entwickelt hat, um Standards des Koalitionsverfahrens zu sichern.

Während die Blitzaustritt-Entscheidung noch recht vorsichtig, deskriptiv von den die Verhandlungsführung der Gewerkschaft ausmachenden Parametern der Verhandlungsgrundlage sprach,[92] postulierte die Blitzwechsel-Entscheidung schon den Grundsatz des Vertrauens auf den Mitgliederbestand seines Tarifvertragspartners bei Beginn der Verhandlungen[93]. In der Blitzwechsel-Entscheidung[94] wurde der Gleichlauf von Einflussnahme auf den Tarifinhalt und Tarifbindung an die Vermutung der Angemessenheit der Tarifverträge gekoppelt. Die Blitzwechsel-Entscheidung legte damit einen Regelfall des Tatbestandes der widerlegten Angemessenheit bzw. der widerlegten Richtigkeitsvermutung des Tarifvertrages und somit auch der Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie fest.[95] Die Blitzwechsel-Entscheidung bestätigt somit die Blitzaustritt-Entscheidung[96] und entwickelt sie inhaltlich weiter.

Hinzu kommt, dass die Verbandssatzung des Arbeitgeberverbandes einen Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit des Tarifergebnisses sicherzustellen habe. Durch die Verwendung des Begriffs „Gleichlauf" wird die innerkoalitionäre Notwendigkeit für ein gerechtes Verfahren zur Findung angemessener Arbeitsbedingungen um der Mitglieder willen beschrieben. Die Blitzwechsel-Entscheidung arbeitet die Funktionsvoraussetzung des Tarifverfahrens, die beiderseitige Chance, ein angemessenes Tarifergebnis zu erzielen, genauer heraus, indem die Faktoren, welche zur Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie führen können, benannt werden.

---

[91] BAGE 127, 27 (32 Rn. 13).

[92] BAGE 126, 75 (85f. Rn. 43).

[93] BAGE 127, 27 (46 Rn. 65): „Im Grundsatz darf die Gewerkschaft bei Aufnahme der Tarifverhandlungen darauf vertrauen, dass diejenigen Arbeitgeber, die bei Verhandlungsbeginn Mitglied des an den Tarifverhandlungen beteiligten Arbeitgeberverbandes sind, an den auszuhandelnden Tarifvertrag gebunden sein werden […]."

[94] BAGE 127, 27ff.

[95] Ähnlich *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S: 893): „Dabei bietet das frühere Urteil das Programm, das in der zweiten Entscheidung dann ausgeführt wird."

[96] BAGE 126, 75ff.

Die darauffolgenden Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zu Fällen, in denen der kurzfristige Austritt oder Wechsel aus dem Arbeitgeberverband eine Rolle spielt,[97] bestätigen diese richtungsweisenden Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts,[98] welche „eine Fortentwicklung des Tarifrechts, nicht des Verbandsrechts“[99] darstellen. Sachverhalte, wie beispielsweise der äußerst kurzfristige Wechsel in eine Gastmitgliedschaft,[100] oder der Austritt eines Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband, ohne die Arbeitnehmerschaft in Kenntnis zu setzen[101] sowie der blitzartige Verbandsaustritt unter Nichtbeachtung der satzungsgemäßen Kündigungsfrist[102] wurden anhand der richterrechtlichen Maßstäbe für Ausgestaltungen bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, also der Informationsobliegenheit, entschieden.

Trotz einiger noch bestehender Unklarheiten und Schwächen ist die Stoßrichtung der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich Blitzaustritt und Blitzwechsel klar:

Die Koalitionsfreiheit wird nur im Rahmen der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems gewährt, da es Aufgabe der Tarifvertragsparteien ihrem Bestimmungsziel entsprechend ist, gemeinsam die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sozial angemessen zu gestalten.[103] Die Rechtsprechung versucht, innerhalb des Verhältnisses zwischen den Tarifvertragsparteien den Unterschied zwischen „zulässiger Strategie und unzulässiger Rechtsausübung“ der Verbände herauszukristallisieren,[104] damit der Rahmen der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems gewährleistet werden kann.

---

[97] BAG, Urteil vom 26.08.2009 – 4 AZR 285/08 (Vorinstanz LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 01.04.2008 – 11 Sa 1521/07) = NZA 2010, 230ff.; BAG, Urteil vom 17.02.2010 – 5 AZR 191/09 (Vorinstanz LAG München, Urteil vom 29.01.2009 – 3 Sa 868/08) – juris; BAG, Urteil vom 18.05.2011 – 4 AZR 457/09 (Vorinstanz LAG Düsseldorf, Urteil vom 17.03. 2009 – 17 Sa 848/08) = NZA 2011, 1378ff; BAGE 142, 98ff. = BAG, Urteil vom 19.06.2012 – 1 AZR 775/10 (Vorinstanz LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26. 11. 2010 – 8 Sa 446/10) = NZA 2012, 1372ff.

[98] So auch *M. Jacobs/C. Krois*, Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 555 (S. 567).

[99] *H. Buchner*, Arbeitsrechtliche Nachbesserung des Gesellschaftsrechts, in: Festschrift für Peter Kreutz zu 70. Geburtstag, S. 537 (S. 546).

[100] BAG, Urteil vom 26.08.2009 – 4 AZR 285/08 (Vorinstanz LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 01.04.2008 – 11 Sa 1521/07) = NZA 2010, 230ff. und BAG, Urteil vom 23.09.2009 – 4 AZR 346/08 (Vorinstanz LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29.11.2007 – 20 Sa 1281/07) – juris.

[101] BAG, Urteil vom 17.02.2010 – 5 AZR 191/09 (Vorinstanz LAG München Urteil vom 29.01.2009 – 3 Sa 868/08) - juris.

[102] BAG, Urteil vom 18.05.2011 – 4 AZR 457/09 (Vorinstanz LAG Düsseldorf, Urteil vom 17.03. 2009 – 17 Sa 848/08) = NZA 2011, 1378ff.

[103] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 896).

[104] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 896).

C. Koalitionsverfassungsrechtliche Interessenlage bei Blitzaustritt und Blitzwechsel

Drohende Folge der kurzfristigen, nicht vorhersehbaren Änderungen im Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbandes in Form von Blitzaustritt und Blitzwechsel ist für die betroffene Gewerkschaft, dass sie bei Ausübung ihrer Tarifautonomie während laufender Tarifvertragsverhandlungen im tariflosen Zeitraum nicht sicher sein kann, wer auf Arbeitgeberseite tarifgebunden sein wird. Daraus folgt, dass die Gewerkschaft nicht ermessen kann, welche Wertigkeit der Abschluss eines Tarifvertrages für sie hat, sowie welche Verhandlungsstrategie angezeigt ist.

Im Gegensatz dazu hat der Arbeitgeberverband während der gesamten Tarifvertragsverhandlungen im tariflosen Zeitraum umfassende Kenntnis über solche möglichen Veränderungen der Verhandlungslage, da sich die Veränderungen aus seiner Sphäre ergeben. Hierdurch könnte es dazu kommen, dass Tarifverträgen, die auf einer solchen Grundlage beruhen, keine Richtigkeitsvermutung zukommt. Folgende Fragen stellen sich:

- Gehört es nicht zur Satzungsautonomie eines jeden Verbandes, die Modalitäten für Austritte oder Übertritte in die OT-Mitgliedschaft selbst zu regeln? Ist nicht auch die Freiheit eines jeden Koalitionsmitgliedes, aus einer Koalition – weshalb auch immer – wieder auszutreten, Bestandteil der individuellen Koalitionsfreiheit?
- Führt das informationelle Defizit über die Mitgliederstruktur des Arbeitgeberverbandes dazu, dass die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in evidenter Weise beeinträchtigt wird? Wird durch solche Blitzaustritte und Blitzwechsel tatsächlich die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt? Gehört es also zum System der Tarifautonomie und ihrer Funktionsfähigkeit, dass die Gewerkschaft auf einen bestimmten Mitgliederbestand des am Verhandlungstisch sitzenden Arbeitgeberverbands vertrauen kann? Gehört die Kenntnis der Mitgliederstruktur des Arbeitgeberverbandes zur Ausübung der Tarifautonomie ihrer Gewerkschaft dazu? Und: Entscheidet der Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit wirklich über die Angemessenheit der Tarifverträge?
- Ist die vom BAG entwickelte Informationsobliegenheit paritätsstiftend und somit das Gleichgewicht zwischen den antagonistischen Kräften fördernd?

I. Vorenthaltende Blitzaustritte und Blitzwechsel als Beeinträchtigung des Tarifsystems

Verfassungsrechtlich stehen sich bei der Problematik um Blitzaustritte und Blitzwechsel auf beiden Seiten Grundrechtspositionen aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG gegenüber. Auf der einen Seite stehen die kollektive Koalitionsfreiheit in Ausprägung der Satzungsautonomie des Arbeitgeberverbandes und die negative Koalitionsfreiheit des austritts- oder wechselwilligen Arbeitgebers, und auf der anderen Seite steht das Verfassungsgut der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sowie darin enthalten die Beeinträchtigung der Tarifautonomie der Gewerkschaft während laufender Tarifvertragsverhandlungen durch Änderungen der Mitgliederstruktur des Arbeitgeberverbandes.

1. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie

Das BAG durchbricht mit seiner Rechtsprechung den bislang vorherrschenden Gleichlauf zwischen Vereinsrecht und Tarifbindung unter Rückgriff auf die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Es stellt sich die Frage, wann die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt ist.

a. Grundrechtspositionen des betroffenen Arbeitgeberverbandes und des betroffenen Arbeitgebers

aa. Satzungsautonomie des Arbeitgeberverbandes als Gegengewicht zu Informationsinteresse der Gewerkschaft

Wie bereits erörtert schützt Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionen als solche in ihrem Bestand und ihrer organisatorischen Ausgestaltung.[1] Dazu gehören „die Selbstbestimmung der Koalitionen über ihre eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte.“[2] Die Regelungen zu Aus- und Übertritten eines Verbandsmitglieds, welche durch die Mitgliederversammlung in einer Vereinssatzung festgelegt werden, gehören somit originär zur verfassungsrechtlich gewährleisteten Organisationsautonomie des Arbeitgeberverbandes. Daher wird vertreten, dass jegliche Lösungen der Mitgliedschaft aus dem Arbeitgeberverband durch den Arbeitgeber von Seiten der Gewerkschaft aufgrund der Satzungsautonomie des Verbandes akzeptiert werden müssten.[3] Das Bundesverfassungsgericht entschied hinsichtlich der Eingriffe in die Organisationsautonomie des anderen Verbandes, dass das Tarifvertragssystem notwendigerweise eine freiwillige Mitgliedschaft und auch die den Koalitionen eigene Organisationsautonomie voraussetze. [4] Ein Eingriff in die Organisationsautonomie, durch den die

[1] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. II. 1.
[2] BVerfGE 50, 290 (373); 100, 214 (221); vgl. BVerfGE 100, 271 (282).
[3] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 115ff.
[4] BVerfGE 92, 365 (403).

Koalition nicht die Herrin ihres eigenen Verfahrens sei, sei somit nicht gerechtfertigt.[5]

M. Löwisch und *V. Rieble* führen dahingegen die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft und die Organisationsautonomie der Verbände als Prämissen des Tarifsystems an, weshalb der soziale Gegenspieler des Verbandes keinen Anspruch auf ein „gegnernützig[es]" internes Verbandsverhalten des anderen habe.[6] Der Gewerkschaft stehe kein Anspruch auf eine bestimmte Vereinssatzung des Arbeitgeberverbands zu.[7] Weiter dürfe die Gewerkschaft ebenso nicht darüber bestimmen, wer Arbeitgeberverbandsmitglied werden dürfe oder wie lange die Mitgliedschaft währe.[8] Satzungsrechtliche Bestimmungen hinsichtlich Austrittsfristen für Aufhebungsverträge würden das Recht des Arbeitgeberverbandes konterkarieren. [9]

bb. Negative Koalitionsfreiheit des die Mitgliedschaft beendenden Verbandsmitglieds

Verbandsmitglieder berufen sich bei Austritt oder Wechsel aus dem Arbeitgeberverband auf ihre negative Koalitionsfreiheit. Die negative Koalitionsfreiheit lässt sich nicht ohne weiteres dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG entnehmen. Aufgrund der freiheitlichen Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG jedoch dem einzelnen Grundrechtsberechtigten spiegelbildlich zu der (individuellen) positiven Koalitionsfreiheit die negative Koalitionsfreiheit[10]. Schließlich sind die Grundrechte keine Zwangsordnung; der Zwang, Rechte in Anspruch zu nehmen, ist dem Grundgesetz fremd.[11] Somit steht gem. Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG dem austrittswilligen bzw. wechselwilligen Arbeitgeber als Mitglied eines Arbeitgeberverbandes das Recht der negativen Koalitionsfreiheit zu, d.h. aus einer Koalition wieder auszutreten.[12]

---

[5] BVerfGE 92, 365 (403).

[6] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 117.

[7] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 117.

[8] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 60.

[9] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 60.

[10] Zum Teil der negativen Koalitionsfreiheit kritisch gegenüberstehend: *W. Däubler/H. Hege* halten stattdessen Art. 9 Abs. 1 GG für einschlägig, *W. Däubler/H. Hege,* Koalitionsfreiheit, S. 86ff.; *M. Kittner/D. Schieck* halten Art. 2 Abs. 1 GG für einschlägig, *M. Kittner/D. Schieck* in: AK-GG, Art. 9 Abs. 3 Rn. 108. Eingehend zu dieser Thematik: *A. Kroll,* Der Außenseiter der Arbeitsrechtsordnung, S. 5ff. und *D. Neumann,* RdA 1989, 243 (243f.).

[11] BVerfGE 116, 202 (218); *S. Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, S. 49; *W. Höfling* in: Sachs, GG Art. 9 GG Rn. 65; ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 32; *M. Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 133.

[12] Statt vieler: BVerfGE 64, 208 (213f.); 73, 261 (270); 93, 37 (83); 116, 202 (218); BAGE 105, 5 (16); *W. Kluth*, in: FH, BK-GG, Art. 9 Rn 178 m. w. N.; a. A.: *W. Däubler/H. Hege,* Koalitionsfreiheit, S. 86ff., 89; und *M. Kittner/D. Schiek*, in: AK-GG, Art. 9 Abs. 3 Rn. 108.

Eine rechtswirksame Verpflichtung eines Arbeitgebers zur T-Mitgliedschaft oder zu deren Aufrechterhaltung dieser auf unbestimmt lange Zeit in einem Arbeitgeberverband[13] kann aufgrund der negativen Koalitionsfreiheit und der Koalitionsvoraussetzung der Gegnerunabhängigkeit im Rahmen der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht erfolgen.[14]

Das geltende Vereinsrecht ist seinem Leitbild des § 39 Abs. 1 BGB folgend so beschaffen, dass ein jederzeitiger Austritt aus dem Arbeitgeberverband möglich ist, sofern er den internen Anforderungen des Mitgliedschaftsverhältnisses zwischen Verband und Mitglied gerecht wird.[15] Der Bundesgerichtshof verkürzte die Kündigungsfrist für Austritte aus einer Gewerkschaft entgegen der Regelung des § 39 Abs. 2 BGB, indem er entschied, dass die Kündigungsfrist nicht länger als sechs Monate betragen darf.[16] Ein Teil der Literatur orientiert sich an dieser Rechtsprechung und überträgt die Kündigungsfristen der Gewerkschaftsmitgliedschaft auf die Kündigungsfrist der Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband.[17] Obgleich noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung für eine Höchstfrist des Arbeitgeberverbandsaustritts vorliegt, ist dem einzelnen Grundrechtsberechtigten aber aufgrund seines Rechts aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG sein Austritt nicht unter Berufung auf die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu nehmen. Denn das Tarifsystem basiert gerade auf der Freiwilligkeit seiner Mitglieder. Ein Verbot des Austritts bzw. eine unbestimmt lange Bindung an den Verband würde dieses Recht faktisch negieren. Ein Zwang zum System schlösse die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems aus.

cc. Einschränkung von Satzungsautonomie und negativer Koalitionsfreiheit bei Gefahr für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie

Die Satzungsautonomie und das Recht auf Austritt aus dem Arbeitgeberverband sind originäre Rechte, die auf der kollektiven Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbands und der individuellen Koalitionsfreiheit des organisierten Verbandsmitglieds gründen. Doch auch diese Grundrechtspositionen können unter Heranziehung der verfassungsimmanenten Schranken aufgrund und zum Schutze anderer

[13] BAG, Urteil vom 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 162 (3. Ls.) = NZA 2003, 734ff.

[14] *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 613).

[15] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 115, 117.

[16] BGH, Urteil vom 04.07.1977 – II ZR 30/76– AP GG Art. 9 Nr. 25 = DB 1977, 2226 (2228); BGH, Urteil vom 22.09.1980 – II ZR 34/80 – AP GG Art. 9 Nr. 33; *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 122. Rechtliche Konsequenz aus einer zu langen Kündigungsfrist ist die Reduzierung der Kündigungsfrist auf das erlaubte Maß, vgl. *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 49.

[17] Siehe zahlreiche Nachweise hierzu bei *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 609).

Rechtsgüter von Verfassungsrang eingeschränkt werden.[18] Dabei müssen Gesetzgebung und Rechtsprechung einen schonenden Ausgleich zwischen den Grundrechtspositionen finden.[19]

b. Vertrauen auf Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbandes

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts werde die Grundlage der Tarifverhandlungen dann gestört, wenn der Tarifvertragspartner der am Verhandlungstisch sitzenden Gewerkschaft im Einzelfall nicht mehr hinsichtlich der bisherigen Vorstellung vom jeweiligen Verhandlungspartner über seine Größe und der Anzahl der von ihm vertretenen Mitgliedern vertrauen könne.[20] Die „gemeinsame Grundlage der Verhandlungen" würde dann gestört, wenn ohne Kenntnis der anderen Partei Mitgliedschaften beendet würden.[21] Denn dies führe dazu, dass es zu einer Fehleinschätzung der vom Tarifvertrag erfassten Arbeitsverhältnisse kommen könne, die nicht von den Vertragsabschließenden verhindert und damit die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gestört werden könne.[22]

Doch gehört die Kenntnis über die Veränderungen der Mitgliederstruktur des Arbeitgeberverbandes tatsächlich zur Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft und erzeugt die unterlassene Information eine Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie?

aa. Die Kenntnis über die Mitgliederstruktur bzw. Veränderungen der Mitgliederstruktur

Im Grundsatz, so das BAG, dürfe die Gewerkschaft darauf vertrauen, dass diejenigen Arbeitgeber, die bei Verhandlungsbeginn Mitglied des an den Tarifverhandlungen beteiligten Arbeitgeberverbandes sind, auch später an den neu ausgehandelten Tarifvertrag gebunden seien.[23]

Der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unter Verweis auf die Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie wird entgegnet, dass der neu entwickelte Grundsatz des Vertrauens auf den Mitgliederbestand der gegnerischen Vertragspartei zum Zeitpunkt des Verhandlungsbeginns vernachlässige, dass die Gewerkschaft bei Verhandlungsbeginn gar nicht wisse, wer dem Arbeitgeberverband angehöre.[24] Somit bestünde ein vertrauensgeschützer Informationsbestand von

[18] Statt vieler BVerfGE 92, 26 (41); *W. Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 GG, Rn. 128ff.; *C. Kannegießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 9 GG, Rn. 30; *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 100.

[19] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 49.

[20] BAGE 126, 75 (85f. Rn. 43).

[21] BAGE 126, 75 (85f. Rn. 43).

[22] BAGE 126, 75 (85f. Rn. 43).

[23] BAGE 127, 27 (46 Rn. 65).

[24] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 236; *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 575); *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (104); *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtli-

vornherein nicht.[25] Blitzschnelles Ausscheiden des Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband sei hinzunehmen bzw. ein „normales Risiko“[26]. Dem deutschen Koalitions- und Tarifrecht sei eine gewisse Intransparenz und Unsicherheit bezüglich des Mitgliederbestandes der gegnerischen Tarifseite immanent, weshalb die Intransparenz eines nicht wahrgenommenen Statusgeschäfts nicht zur Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie führe.[27] Für Informationspflichten zwischen Tarifvertragsparteien bedürfe es eines Informationsinteresses.[28] Für ein generelles Informationsinteresse bezüglich des gegnerischen Mitgliederbestandes, welcher der Gewerkschaft beispielsweise quartalsweise mitgeteilt würde, fehle von vornherein jedes geschützte Interesse.[29] Blitzaustritt und Blitzwechsel seien damit für den Verhandlungspartner nicht einschneidender als die gewöhnliche Mitgliederfluktuation.[30] Zudem würde die Gewerkschaft schließlich auch nicht davor bewahrt, dass während der laufenden Tarifverhandlungen neue Arbeitgeber in den Arbeitgeberverband eintreten.[31] Ihre Vorstellung über die Mitgliederstruktur des Arbeitgeberverbandes erweise sich ebenso durch mögliche Eintritte als unrichtig.[32]

cher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 308); *M. Jacobs/C. Krois*, Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 555 (S. 568).

[25] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 236; *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 575); *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (104); *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 308); *M. Jacobs/C. Krois*, Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 555 (S. 568).

[26] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 575).

[27] *H.J. Willemsen/C. Mehrens*, NJW 2009, 1916 (1918); *M. Jacobs/C. Krois*, Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 555 (S. 568); C. Höpfner, ZfA 2009, 541 (564); *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (104); *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 308).

[28] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 1 Rn. 1005.

[29] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 1 Rn. 1005.

[30] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 575).

[31] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 571).

[32] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 571).

Das BAG verkenne somit die Ausrichtung des Tarifrechts und setze mit seiner Rechtsprechung blindlings die „Auswirkungen auf die Koalitionsrechte der Gewerkschaften mit der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie“ gleich.[33]

Zuzustimmen ist den Kritikern der Judikatur des Bundesarbeitsgerichts in dem Punkt, dass sowohl Arbeitgeberverbände als auch Gewerkschaften der Fluktuation ihrer Mitglieder unterliegen und somit die Mitgliederfluktuation insofern auch als Teil des Koalitionswesens beschrieben werden kann. Denn die tarifrechtliche Bindung wurzelt im Moment der Freiwilligkeit seiner Betroffenen. Auch werden in aller Regel bei Beginn der Tarifverhandlungen keine verbindlichen Angaben der Tarifvertragsparteien über ihre Mitgliederzahlen und ihre Wirtschaftsstärke gemacht. Insofern bestehen auch vor und während der Verhandlungen gewisse Unsicherheiten auf Seiten der Gewerkschaft hinsichtlich ihrer Vorstellungen vom Arbeitgeberverband. Schützenswertes Vertrauen der Gewerkschaft bezüglich der Mitglieder des Arbeitgeberverbandes besteht daher nicht generell.[34]

Es geht aber bei der Problematik von Blitzaustritt und Blitzwechsel in erster Linie um eine Systemfrage: Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zeichnet sich dadurch aus, dass Tarifergebnisse auf der Grundlage eines annähernden Gleichgewichts zwischen den Tarifvertragsparteien entstehen. Wird diese Grundlage erschüttert, so erfüllen weder die Koalitionen ihr Bestimmungsziel aus Art. 9 Abs. 3 GG, noch verdient der Tarifvertrag die Richtigkeitsvermutung.

Gefährdet ist die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie als solche somit dann, wenn nachteilhafte Verhandlungsbedingungen für die Gewerkschaft dazu führen, dass das Tarifergebnis nicht der Idee der Tarifautonomie gerecht wird. Überdies ist die Ausübung der Tarifautonomie im Zeitraum der Tariflosigkeit und gleichzeitiger Tarifverhandlungen besonders sensibel, da das tarifvertragsgesetzliche Sicherungsmittel der Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG nicht anwendbar ist; die Gewerkschaft und die in ihr organisierten Arbeitnehmer keinen „Tarifbindungs-Backup“ haben.

Die Vorgehensweise der Gewerkschaft während der Tarifverhandlungen, d.h. die Ausübung der Tarifautonomie, orientiert sich maßgebend am Verhandlungsgegner und seiner Potenz bzw. der von der Tarifbindung erfassten Arbeitsverhältnisse. Werden kurzfristig Tarifbindungen im Zeitraum der Tarifrunde durch Arbeitgeber abgelegt, verändert sich für die Gewerkschaft die Verhandlungslage, während sie gleichzeitig weiter agieren muss.

Der Vorwurf der Gleichsetzung der Koalitionsrechte der Gewerkschaft mit der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erhärtet sich somit nicht, sondern leidet vielmehr daran, dass zum dualistischen System des Tarifvertragssystems ein annäherndes Gleichgewicht und Stärkeverhältnis beider Lager gehört. Dieses Gleichgewicht kann aber nicht vorliegen, wenn einer Partei schon bei den Verhandlungen ihr Recht vorenthalten wird, ihre Tarifvertragsfreiheit tatsächlich und

[33] *J.-H. Bauer/ K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (104).
[34] So auch *M. Ahrendt*, RdA 2010, 345 (349).

sachgerecht auszuüben. Denn wenn die Tarifvertragsfreiheit einer Partei im Tarifverfahren in evidenter Weise beeinträchtigt wird, kann die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht mehr durch die Rechtsordnung gewährleistet werden.

bb. Möglichkeit des Haustarifvertrags als Alternative zu einem Verbandstarifvertrag

Um die Drastik von Blitzaustritt und Blitzwechsel zu relativieren, wird ferner angeführt, dass – zuteffenderweise – keine Friedenspflicht[35] zwischen dem Arbeitgeber und seinen Arbeitnehmern aus dem Tarifvertrag bestehe und folglich Arbeitskampf um einen Firmentarifvertrag geführt werden könne, weshalb auch sehr kurzfristige Austritte und Wechsel der Arbeitgeber während laufender Tarifvertragsverhandlungen hinzunehmen seien.[36] Denn die Gewerkschaft könne in den Unternehmen, welche aus den Arbeitgeberverbänden ausgetreten oder in die OT-Mitgliedschaft gewechselt seien, Arbeitskämpfe um die Erlangung von Haustarifverträgen führen. [37]

Teilweise wird der Verweis auf die Möglichkeit eines Haustarifvertrages mit dem Argument konfrontiert, dass diese Option allerdings mit deutlich höherem Aufwand für die Gewerkschaft verbunden sei, da sie die Mitglieder erneut zum Aufstellen von Tarifforderungen mobilisieren müsste.[38] Dieses Argument übersieht aber, dass die Gewerkschaft diesen Aufwand auch dann hätte, wenn der Arbeitgeberverband sie rechtzeitig informiert hätte.[39] Der Verweis auf den Haus-

[35] Siehe hierzu Viertes Kapitel: A. II. 3.

[36] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (103); *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 311); *H.J. Willemsen/C. Mehrens*, NJW 2009, 1916 (1918); *A. Witt*, Der Firmentarifvertrag, S. 275; *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 245; vgl. BAG, Urteil vom 09.04. 1991 – 1 AZR 332/90 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 116; vgl. *G. Peter*, Abschied vom Konsens – Mangelnde Tariftreue und Erosion der Arbeitgeberverbände, in: Recht und soziale Arbeitswelt, in: Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, S. 479 (S. 487), die ebenso die Möglichkeit eines „Anerkennungstarifvertrages" darlegt, welcher die Inhalte des Verbandstarifvertrages übernimmt.

[37] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (103); *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 311); *H.J. Willemsen/C. Mehrens*, NJW 2009, 1916 (1918); *A. Witt*, Der Firmentarifvertrag, S. 275; *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 245; vgl. BAG, Urteil vom 09.04. 1991 – 1 AZR 332/90 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 116; vgl. *G. Peter*, Abschied vom Konsens – Mangelnde Tariftreue und Erosion der Arbeitgeberverbände, in: Recht und soziale Arbeitswelt, in: Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, S. 479 (S. 487).

[38] BAGE 126, 75 (86 Rn. 44).

[39] *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 311).

tarifvertrag[40] und die Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers nach § 2 Abs. 1 TVG ist dennoch zu entkräften:

Der Verweis auf die Möglichkeit der Gewerkschaft, sich einen Haustarifvertrag zu erstreiken, ist nur bedingt nachvollziehbar, da der die Vollmitgliedschaft beendende Arbeitgeber gerade die Geltung des in Rede stehenden Tarifvertrages umgehen will und ihm dies auch gelingen würde, wenn man ihm gewährte, aus dem Verband auszutreten bzw. in die OT-Mitgliedschaft zu wechseln.[41] Denn das Argument übersieht, dass der vor dem unliebsamen Verbandstarifvertrag „flüchtende" Arbeitgeber letztlich mit seiner Methode erfolgreich der „Unannehmlichkeiten" des befürchteten Tarifvertrages entgehen könnte, da die Regelungen eines Firmentarifvertrages mit ihm „deutlich unter den Regelungen des Verbandstarifvertrages liegen" werden.[42] Letztlich würde er durch den Übertritt in die OT-Mitgliedschaft sein Ziel erreichen, auch wenn die Arbeitnehmer den Arbeitgeber bestreiken. Denn selbst wenn es zu einem solchen Streik käme, so wäre absehbar, dass der Arbeitgeber nicht die gleichen Arbeitskonditionen zu tragen bereit wäre, welche durch den Tarifvertrag zustande gekommen wären.

Hinzukommt, dass erfahrungsgemäß vor allem diejenigen Arbeitgeber in die OT-Mitgliedschaft wechseln, „bei denen kein ausgeprägter gewerkschaftlicher Organisationgrad" vorhanden ist.[43] Dieser Umstand erschwert die Durchsetzung eines Haustarifvertrages für die Gewerkschaft enorm.

Der Grundsatz der Waffengleichheit gilt schließlich nicht nur während des Arbeitskampfes, sondern ist auch bei den Verhandlungen eines Tarifvertragsabschluss einzuhalten.

Nach den Leitentscheidungen zu Blitzaustritt und Blitzwechsel des Bundesarbeitsgerichts folgte am 19.06.2012 eine Entscheidung[44] zur Frage, ob durch einen Blitzwechsel in die OT-Mitgliedschaft gewechselte Arbeitgeber, im Wege des Unterstützungsstreiks mit Arbeitskampfmaßnahmen seitens der Gewerkschaft belegt werden dürfen. Das Gericht entschied im konkreten Fall, dass die Gewerkschaft den vereinsrechtlich und tarifrechtlich wirksam in die OT-Mitgliedschaft gewech-

---

[40] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (103); *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 311); *J.-H. Bauer/C. Rolfs*, Anm. zu ArbG Berlin, Urteil vom 08.05.2003 – 96 Ca 5296/03, DB 2003, 1518 (1520); *H.J. Willemsen/C. Mehrens*, NJW 2009, 1916 (1918); *A. Witt*, Der Firmentarifvertrag, S. 275; vgl. BAG, Urteil vom 09.04. 1991 – 1 AZR 332/90 – AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 116; vgl. *G. Peter*, Abschied vom Konsens – Mangelnde Tariftreue und Erosion der Arbeitgeberverbände, in: Recht und soziale Arbeitswelt, in: Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, S. 479 (S. 487).

[41] Vgl. *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (88f.).

[42] Vgl. *A. Witt*, Der Firmentarifvertrag, S. 275, der allerdings anmerkt, dass eine Gewerkschaft keine Veranlassung habe, sich auf ein solches Angebot eines Arbeitgebers, welcher nicht in ernsten wirtschaftlichen Schwierigkeiten sei, einzulassen.

[43] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (84).

[44] BAG, Urteil vom 19.06.2012 – 1 AZR 775/10 (Vorinstanz LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26.11.2010) = NZA 2012, 1372 (1372).

selten Arbeitgeber nicht rechtmäßig bestreikt habe, weshalb sie schadensersatzpflichtig sei.[45] Demnach sei ein Streikaufruf der Gewerkschaft zur Durchsetzung ausschließlich verbandsbezogener Tarifforderungen hinsichtlich eines Unternehmens, welches während laufender Tarifverhandlungen wirksam von einer Mitgliedschaft mit Tarifbindung in eine OT-Mitgliedschaft gewechselt sei, nicht rechtmäßig, wenn sie über den Statuswechsel rechtzeitig vor Beginn der beabsichtigten Arbeitskampfmaßnahme unterrichtet worden sei.[46] Gerade im Hinblick auf mögliche Streiks gegen Verbandsmitglieder, die nicht tarifgebunden sind, empfehle es sich für den Arbeitgeberverband, der „zuständigen Gewerkschaft den Statuswechsel rechtzeitig vor dem Tarifabschluss anzuzeigen", um OT-Mitglieder vor unnötigen unrechtmäßigen Streiks zu schützen.[47]

cc. Einseitigkeit des Vertrauensschutzes zugunsten der Gewerkschaft

Daneben wird die Argumentation des Bundesarbeitsgerichts mit der These angegriffen, dass der richterrechtlich postulierte Vertrauensschutz einseitig zugunsten der Gewerkschaft sei. Denn das BAG missachte das Paritätsgebot, da dem Arbeitgeberverband kein vergleichbarer Schutz hinsichtlich seines Informationsinteresses über die Mitgliedschaft der Gewerkschaft zukomme.[48]

Diesem Einwand muss wohl zugestanden werden, dass „trotz grundsätzlich gleicher Problemlage" eine Ungleichbehandlung der Tarifparteien besteht,[49] aber auch bestehen muss. Die Ungleichbehandlung erfolgt aus Sachgründen. Überdies ist dem Tarifrecht seit der Rechtsprechung zum Merkmal der sozialen Mächtigkeit als Voraussetzung einer tariffähigen Gewerkschaft[50] die Ungleichbehandlung nicht mehr fremd.[51] Der Grund hierfür wurzelt darin, dass der Austritt eines Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband schwerer wiegt, als wenn ein Arbeitnehmer und Gewerkschaftsmitglied sich gegen die Tarifbindung und für einen Austritt entscheidet. Insofern ist es für die Gewerkschaft wesentlich wichtiger, von Veränderungen in der Mitgliedschaft des gegnerischen Arbeitgeberverbandes zu erfahren, als umgekehrt.

Deshalb ist es verkürzend, von einer Einseitigkeit des Vertrauensschutzes zu sprechen.

---

[45] BAG, Urteil vom 19.06.2012 – 1 AZR 775/10 (Vorinstanz LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26.11.2010) = NZA 2012, 1372ff.

[46] BAG, Urteil vom 19.06.2012 – 1 AZR 775/10 (Vorinstanz LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26.11.2010), NZA 2012, 1372 (1372).

[47] *H.J. Willemsen/C. Mehrens*, NZA 2013, 79 (82).

[48] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 575); *M. Jacobs/C. Krois*, Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 555 (S. 568).

[49] *P.R. Melot de Beauregard*, ZTR 2009, 514 (517).

[50] BAG, Beschluß vom 16.01.1990 – 1 ABR 10/89 – NZA 1990, 623 (624f.).

[51] *P.R. Melot de Beauregard*, ZTR 2009, 514 (517).

dd. Zwischenergebnis: Kein allgemeiner Vertrauensschutz

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass kein allgemeiner und voraussetzungsloser Anspruch der Gewerkschaft auf Mitteilung des Mitgliederbestandes bzw. Veränderungen des Mitgliederbestand im Arbeitgeberverband besteht.[52]

c. Vorenthaltene Veränderungen des Arbeitgeberverbandes als Beeinträchtigung des annähernden Kräftegleichgewichts zwischen den Tarifvertragsparteien

Weiter ist zu untersuchen, ob durch vorenthaltene Veränderungen des Mitgliederbestandes das annähernde Kräftegleichgewicht zwischen den Vertragsseiten beeinträchtigt wird. Denn es ist zu unterstreichen, dass nicht die Beendigung der Mitgliedschaft durch das Verbandsmitglied und den einzelnen Arbeitgeber im tariflosen Zeitraum die Störung der Funktionsfähigkeit verursacht.[53] Vielmehr liegt das Problem darin, dass die Gewerkschaft auf die beabsichtigten Beendigungen der Mitgliedschaft aus dem Verband nicht reagieren kann und hierdurch das Verhandlungsergebnis verfälscht wird.[54]

aa. Blitzaustritt und Blitzwechsel als Druckmittel und „kleines Arbeitskampfmittel“

Blitzaustritte und Blitzwechsel kurz vor Abschluss des neuen Tarifvertrages können sowohl vom gegnerischen Arbeitgeberverband gegenüber der Gewerkschaft, als auch von einem einzelnen Verbandsmitglied gegenüber seinen tarifgebundenen Angestellten als Druckmittel zur Durchsetzung von bestimmten Forderungen eingesetzt werden.[55] Durchlässige Satzungsbestimmungen, welche die Arbeitgeber in die Lage versetzen, je nach Situation mal in die rettende Friedenspflicht vor drohenden Streiks im Verband in die T-Mitgliedschaft oder mal vor dem nächsten Tarifvertrag in die OT-Mitgliedschaft zu wechseln, beeinträchtigen das Kräf-

---

[52] So auch *M. Ahrendt*, RdA 2010, 345 (349).

[53] Ebenso *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 619).

[54] Ebenso *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 619) und sogar *M. Löwisch/V. Rieble*, welche herausarbeiten, dass der blitzartige Austritt bzw. Wechsel eines Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband oder in die OT-Mitgliedschaft durch Betätigung der individuellen (negativen) Koalitionsfreiheit selbst niemals – sondern allenfalls die Intransparenz des Statusgeschäfts für die Gegenseite eine Beeinträchtigung für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sein könne; siehe *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 239.

[55] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (84, 87); *P. Berg*, AuR 2001, 393 (394); *O. Deinert* stellt allerdings heraus, dass es zweifelhaft sei, ob planmäßige, kurzfristige Wechsel zwischen Schutz bietender Friedenspflicht und Tarifungebundenheit überhaupt arbeitskampfrechtlich zulässige Verhaltensweisen seien; siehe *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (87).

tegleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien und somit auch die Verhandlungsparität.[56]

Ebenso zeigt die Erfahrung mit Arbeitgeberverbänden, welche die OT-Mitgliedschaft anbieten, „dass die Möglichkeit des jederzeitigen fristlosen Wechsels der Verbandsmitglieder in die OT-Mitgliedschaft zur Abwehr gewerkschaftlicher Forderungen und des Einsatzes gewerkschaftlicher Arbeitskampfmaßnahmen ausdrücklich in die Verhandlungen eingebracht wird".[57] Die Gewerkschaft kann der Drohung des Arbeitgeberverbandes, mit wirtschaftsstarken Arbeitgebern kurzfristig Aufhebungsverträge zu schließen und sie somit von der Tarifbindung des anstehenden Tarifvertrages zu befreien, wenig entgegensetzen, da ihr kein ähnliches Druckmittel zur Verfügung steht.

Daneben kann durch Blitzaustritte und Blitzwechsel die Streikstrategie der Gewerkschaft erheblich erschüttert werden.[58] Vor den Tarifrunden stellen Gewerkschaften regelmäßig Streikstrategien auf, um im Bedarfsfall zügig und effizient ihrer Tarifforderung durch einen Arbeitskampf Nachdruck zu verleihen.[59] Dabei werden aber in aller Regel nicht in jedem Betrieb der Gewerkschaftsmitglieder Streiks geplant, sondern vielmehr werden typischerweise die „Schwergewichte" in den Fokus genommen.[60] Durch blitzartigen Austritt oder Wechsel der betroffenen großen Unternehmen aus dem Arbeitgeberverband können vor der Tarifrunde geplante Streikstrategien der Gewerkschaft kurzerhand und ohne großen Aufwand torpediert werden.[61] Die Belegschaft in Ersatzbetrieben zu einem Arbeitskampf zu mobilisieren, bedarf großer Überzeugungsarbeit.[62] Trotz aller Bemühungen um flexible Strategien sind geplante Streike nicht derart kurzfristig an- oder abzusagen.[63] Auch in diesem Kontext können somit Blitzaustritte und Blitzwechsel „kleine Arbeitskampfmittel" darstellen.[64]

Blitzaustritte und Blitzwechsel, insbesondere von großen Unternehmen, verstoßen somit dann gegen den Grundsatz der Kampfparität, wenn eine angemessene Reaktion der Gewerkschaft aufgrund der notwendigen Neuausrichtung prak-

---

[56] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (84, 87); *P. Berg*, AuR 2001, 393 (394).

[57] *P. Berg*, AuR 2001, 393 (394).

[58] *H. Brecht-Heitzmann/M. Gröls*, Anm. zu BAG, Urteil vom 20.02.2008– 4 AZR 64/07, EzA GG Art. 9 Nr. 94 (Bl. 25).

[59] *H. Brecht-Heitzmann/M. Gröls*, Anm. zu BAG, Urteil vom 20.02.2008 – 4 AZR 64/07, EzA GG Art. 9 Nr. 94 (Bl. 25).

[60] *H. Brecht-Heitzmann/M. Gröls*, Anm. zu BAG, Urteil vom 20.02.2008 – 4 AZR 64/07, EzA GG Art. 9 Nr. 94 (Bl. 25).

[61] *H. Brecht-Heitzmann/M. Gröls*, Anm. zu BAG, Urteil vom 20.02.2008 – 4 AZR 64/07, EzA GG Art. 9 Nr. 94 (Bl. 25).

[62] *H. Brecht-Heitzmann/M. Gröls*, Anm. zu BAG, Urteil vom 20.02.2008 – 4 AZR 64/07, EzA GG Art. 9 Nr. 94 (Bl. 26).

[63] *H. Brecht-Heitzmann/M. Gröls*, Anm. zu BAG, Urteil vom 20.02.2008 – 4 AZR 64/07, EzA GG Art. 9 Nr. 94 (Bl. 25).

[64] *H. Brecht-Heitzmann/M. Gröls*, Anm. zu BAG, Urteil vom 20.02.2008 – 4 AZR 64/07, EzA GG Art. 9 Nr. 94 (Bl. 25).

tisch nicht möglich ist. Sie sind auch während der arbeitskampffreien Verhandlungsphase als Druckmittel einsetzbar, gegen das sich die Gewerkschaft nur schwer wehren kann. Sie sind neue „Quasi-Arbeitskampfmittel", auf welche die Gewerkschaft nicht in der gleichen Intensität reagieren kann, wenn sie keine Kenntnis von der Veränderung der Mitgliederstruktur und der Veränderung der Vertragsumstände hat. Auch während der Tarifverhandlungen muss zwischen den Vertragspartnern ein annäherndes Gleichgewicht bestehen, da ansonsten die Richtigkeitsvermutung des Tarifvertrages aufgrund mangelnder Vertragsgerechtigkeit widerlegt wird. Das annähernde Kräftegleichgewicht zwischen den antagonistischen Kollektivverbänden muss dabei während der gesamten Tarifverhandlungen, also von Tarifverhandlungsbeginn bis Tarifabschluss, vorliegen, da auch während des gesamten Tarifvertragsverfahrens die Tarifautonomie ausgeübt wird.

bb. Systemgerechtigkeit des Tarifvertragsrecht nur bei Vermeidung informationeller Unterlegenheit einer Tarifpartei

Die Idee der Tarifautonomie ist es, ein System neben der Privatautonomie bereitzustellen, welches die Schwächen der Privatautonomie im Bereich des Arbeitsrechts ausgleicht.[65] Diese Ausgleichsfunktion kann sie aber nur wahrnehmen, wenn das Verhältnis der Kollektivpartner nicht durch andere Faktoren zu einem Ungleichgewicht führt. Ein informationelles Defizit der Gewerkschaft über die für sie relevanten Daten, um ihre Mitgliedschaft interessengerecht zu vertreten, führt somit zu einer Unterlegenheitssituation der Arbeitnehmerseite gegenüber der Arbeitgeberseite.

Eine Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie liegt dann vor, wenn die Gewerkschaft bei Kenntnis der veränderten Mitgliederstruktur des Arbeitgeberverbandes nach verständiger Prüfung eines objektiven Betrachters deutlich anders während der Verhandlungen operiert hätte als ohne diese Kenntnis. „Informiertes Verhandeln" muss die Grundlage des Tarifvertragsrechts sein, damit die Ausübung der Tarifautonomie durch die Kollektivverbände dem Tarifsystem gerecht wird.[66] Einem Tarifvertrag kann als schuldrechtlicher Vertrag nur dann die Richtigkeitsvermutung zukommen, wenn auch „eine zu jedem Zeitpunkt der Verhandlungen eingehaltene Transparenz im Hinblick auf die beteiligten Parteien" besteht.[67] Dies bedeutet, dass ab Tarifverhandlungsbeginn bis zum Tarifabschluss ein annäherndes Kräftegleichgewicht hinsichtlich der vertragsrelevanten Informationen bestehen muss.

[65] Siehe hierzu näher Drittes Kapitel: B. II. 1. c. ac., Drittes Kapitel: B. III. 2. und 3.

[66] *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 623); *M. Ahrendt*, RdA 2010, 345 (349).

[67] *P.R. Melot de Beauregard*, ZTR 2009, 514 (517).

Gegner der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verneinen gar, dass sich die Gewerkschaft durch kurzfristige Veränderungen im Arbeitgeberverband in den Tarifvertragsverhandlungen anders verhalten würde.[68] Ebenso wird behauptet, dass der Verband im Falle eines Austritts von wirtschaftsstarken Unternehmen von sich aus die Gewerkschaft darüber informieren würde, da die Wirtschaftskraft des Verbandes deutlich sinken würde und er somit nicht in der Lage wäre, allzu hohe Tarifforderungen zu beschließen.[69] Diese nicht weiter begründete Annahme, dass eine veränderte Mitgliederstruktur im Arbeitgeberverband letztlich zum gleichen Tarifvertragsergebnis führen würde, spricht aber vielmehr dafür, dass sich keine einschlägigen Gründe gegen die Information über anstehende Austritte oder Statuswechsel ins Feld führen lassen.

cc. Koalitionssystemkonformes Verhalten

Neben den durch die Rechtsordnung sicherzustellenden Funktionsbedingungen für das Koalitionssystem steht die Pflicht der Kollektivverbände, sich innerhalb des Koalitionssystems so zu verhalten, dass die Tarifautonomie der anderen Tarifvertragspartei gewahrt wird, vgl. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG i. V. m. § 134 BGB. Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG gewährt den Koalitionen die kollektive Koalitionsfreiheit nur im Rahmen des verfassungsrechtlich intendierten Koalitionssystems. Werden während laufender Verhandlungen der Gewerkschaft vom Arbeitgeberverband Informationen vorenthalten, obwohl diese für die Gewerkschaft und für den Tarifvertragsabschluss essentiell sind, so kann kein der Koalitionsfreiheit gerechter Vertrag zustande kommen. Zu essentiellen Informationen gehören jedenfalls diejenigen, an denen die Gewerkschaft ihre Verhandlungsstrategie ausrichtet. Denn die Erstellung einer Verhandlungsstrategie und die angemessene Ausübung der Tarifautonomie gemäß des Bestimmungsziels aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG kann nur dann sachgerecht sein, wenn entscheidungsrelevante Informationen vorliegen.

Werden Blitzaustritte und Blitzwechsel vollzogen, die evidente Auswirkungen auf die Verhandlungsstrategie und somit auch auf die Ausübung der Tarifautonomie der Gewerkschaft haben würden, so wird die Gewerkschaft insofern um ihre Ausübung der Tarifautonomie gebracht, als dass sie ihre Koalitionsfreiheit aufgrund falscher Annahmen ausübt. Denn mit der Befugnis zur Normsetzung geht auch die Pflicht zur Achtung der gegnerischen Normsetzungsbefugnis einher. Das Verhandlungsergebnis beruhte dann auf einer Grundlage, die mit dem Koalitionssystem nicht konform wäre.

---

[68] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (103): „Verlässt einer der zahlungskräftigeren größeren Branchenarbeitgeber den Verband, wird die Gewerkschaft den Tarifvertrag schnell unterschreiben, das Verhandlungsergebnis wäre in weiteren Verhandlungen kaum noch zu halten. Verlassen hingegen kleinere Unternehmen den tarifschließenden Verband, entsteht dadurch in der Regel noch keine Schieflage, so dass für die Gewerkschaft kein Anlass besteht, ihre Verhandlungsposition zu ändern."

[69] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 574).

2. *Zwischenergebnis: Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie bei evidenter Störung des Gleichgewichts zwischen den Vertragsseiten*

Die Streitfrage, ob die Kenntnis über den Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbandes bzw. Änderungen im Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbandes für die Ausübung der Tarifautonomie der Gewerkschaft unerlässlich ist, kann als solche nicht abstrakt beantwortet werden. Nicht jede verschwiegene Veränderung im Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbandes führt zur Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Eine Einschreitenspflicht zum Tätigwerden hat die Rechtsordnung dann, wenn „die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie als solche auf dem Spiel" steht.[70]

Die Kenntnis bzw. Information ist dann von balanceerhaltender Relevanz, wenn durch die vorenthaltene Information das Verfahren der Tarifautonomie als solche beeinträchtigt wird, da die Rechtsordnung aufgrund der objektivrechtlichen gewährleisteten Verfahrensgarantie ein System sicherstellen muss, indem sozial angemessene Kollektivverträge über die Arbeitsbedingungen der Betroffenen geschlossen werden können.

Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist, nach Auffassung des Bundesarbeitsgericht, dann nicht gegeben, wenn der Gewerkschaft Informationen vorenthalten werden, die essentiell für ihre Verhandlungsführung sind und sie durch das Vorenthalten der Informationen nicht die Interessen ihrer Mitglieder angemessen vertreten kann, weil sie gegenüber dem Arbeitgeberverband evident unterlegen ist. Stets ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Gewerkschaft durch vorenthaltene Mitgliedschaftsbeendigungen im Arbeitgeberverband in ihrer Verhandlungsführung bei Ausübung ihrer Tarifautonomie evident beeinträchtigt wurde und hierdurch das Tarifverfahren als solches seines Sinnes beraubt wird.

II. Maßstab der Verfassungsmäßigkeit der richterrechtlichen Informationsobliegenheit

Die Folgefrage nach der Feststellung, dass die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch nicht bekannte Veränderungen der Mitgliederstruktur des Arbeitgeberverbandes beeinträchtigt werden kann, lautet: Ist die vom BAG entwickelte Lösung – die Informationsobliegenheit – auch verfassungsgemäß?

[70] R. *Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 617).

1. *Die Informationsobliegenheit zwischen Eingriff und Ausgestaltung*

Nur wenige Stimmen in der Literatur,[71] die sich eingehend mit den Leitentscheidungen zu Blitzaustritt und Blitzwechsel beschäftigt haben, gehen auf die Systematik von Eingriff und Ausgestaltung ein. Der Grund hierfür liegt vermutlich vor allem darin, dass das BAG selbst kaum Ausführungen dazu macht.[72] Die Beschäftigung mit diesem Aspekt ist aber entscheidend für die weitere Prüfung der richterrechtlich festgesetzten Informationsobliegenheit, da sich danach der Prüfungsmaßstab der Verfassungsmäßigkeit bemisst.

a. Einordnung der richterrechtlichen Informationsobliegenheit in Kategorien hoheitlichen Handelns

Wie bereits erläutert, bedarf die (kollektive) Koalitionsfreiheit der Ausgestaltung.[73] Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG beinhaltet diesbezüglich eine Verfahrensgarantie auf Bereitstellung derjenigen Bestimmungen, die für ein funktionsfähiges Koalitions- und Tarifsystem erforderlich sind, um den Koalitionszweck zu erfüllen.[74] Gleichzeitig hat die Staatsgewalt aber grundsätzlich den autonomen Bereich der Tarifvertragsparteien zur Regelung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen zu respektieren.[75] Aufgrund dieses Spannungsverhältnisses zwischen hoheitlichem Handeln, das freiheitskonstituierend wirkt und solchem, welches freiheitsbegrenzender Natur ist, ist die richterrechtlich festgesetzte Informationsobliegenheit kategorial einzuordnen.

aa. Plausibilität der Unterscheidung zwischen Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbeeinträchtigung

Die Unterscheidung zwischen Hoheitsakten mit Eingriffscharakter und Hoheitsakten ausgestaltender Natur ist allerdings nur dann plausibel, wenn aufgrund der unterschiedlichen Ausrichtung der Bestimmungen auch unterschiedliche Maßstäbe an die Verfassungsmäßigkeit geknüpft werden. Denn wenn sowohl ausgestaltende als auch in die Grundrechte eingreifende Regelungen anhand der (ansonsten auch üblichen) Verhältnismäßigkeit überprüft werden,[76] ist eine Differenzierung hinfällig.

---

[71] So aber *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 566, S. 572); *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 614f.).

[72] BAGE 126, 75 (84f. Rn. 40).

[73] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. II. 1. c. ad.

[74] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. II. 4.

[75] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 82.

[76] So aber im Ergebnis nach ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 84 und auch *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 92, Letzterer erkennt allerdings die Widersprüchlichkeit.

Eine klare Grenzziehung zwischen den Erscheinungsformen hoheitlichen Handelns erweist sich oftmals als problematisch, da Ausgestaltungen, wenn sie koordinierende Regelungen darstellen, auch teilweise grundrechtsbeeinträchtigend sind. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die ausgestaltenden Bestimmungen versuchen, „gegenläufige Interessen und Rechtspositionen“ zu koordinieren und in Einklang zu bringen.[77] Die ungenaue Begrifflichkeit der Ausgestaltung[78] sowie auch die „weder einheitlichen noch schwankungsfreien“[79] Anwendungen der Maßstäbe bei der Ausgestaltung erschweren die praktische Handhabung und beeinträchtigen somit die Rechtsklarheit und -sicherheit.

Trotz dieser Schwierigkeit ist eine Differenzierung zwischen den Instrumenten hoheitlichen Handelns notwendig, da Ausgestaltung und Eingriff[80] gegenläufiges Hoheitshandeln sind, sie unterschiedliche Stoßrichtungen bzw. Schutzgüter haben, und somit verschiedene Prüfungsmaßstäbe erforderlich sind.[81] Während der grundrechtsbeeinträchtigende Eingriff darauf abzielt, andere Schutzgüter (Grundrechte Dritter) als die der durch den Eingriff belasteten und betroffenen Grundrechtsträger zu schützen, bezweckt die Ausgestaltung gerade, die verfassungsrechtliche Gewährleistung zu ermöglichen und zu sichern.[82] Einfachgesetzliche (oder gesetzesvertretend richterrechtliche) Ausgestaltung ermöglicht erst die Freiheitsverwirklichung der „nicht-natürlichen“ Freiheit, im Gegensatz zu in die Grundrechte eingreifenden hoheitlichem Handeln, welches die grundrechtliche Freiheit zurückdrängt. Bei Hoheitsakten, die sich grundrechtsverkürzend auswirken, wiegt die Belastung für den Grundrechtsadressaten stärker als bei Bestimmungen, die auf eine Grundrechtsentfaltung abzielen.

Ein unterschiedlicher Maßstab der Verfassungsmäßigkeit legitimiert sich deshalb aus dem Umstand, dass dem Gesetzgeber (respektive dem gesetzesvertretenden Richter) bei der Konturierung des einfach-gesetzlichen Regelungswerkes für den Rahmen des Koalitions- und Tarifsystems ein größerer Gestaltungspielraum

---

[77] BVerfGE 50, 290 (368f.); ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 Rn. 84, zur Unterscheidung von Eingriff und Ausgestaltung, siehe auch *C. Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 46ff.

[78] Siehe hierzu Drittes Kapitel: B. II. 1. c. ad.

[79] Siehe hierzu auch *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 92ff. Fn. 457, welcher dieses Phänomen anhand zahlreicher Fundstellen belegt.

[80] Neben den Kategorien von Eingriff und Ausgestaltung wurde (als Unterkategorie der Ausgestaltung, die) Umgestaltung entwickelt. Siehe hierzu eingehend *F. Maschmann,* Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 157ff.; sowie *T. Dieterich*, RdA 2002, 1 (11f.).

[81] *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 91ff.; *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 91ff.; *F. Maschmann,* Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 148ff.; *R. Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, S. 141 (S. 143); *T. Dieterich*, RdA 2002, 1 (11); Einwände gegen eine Unterscheidung der Prüfungsmaßstäbe bei Ausgestaltung und Eingriff, siehe beispielsweise bei *C. Hillgruber*, in: HStR IX, § 200 Rn. 65ff.; *F. Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 25ff.; *R. Schwarze*, JuS 1994, 653 (658); *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, S. 293 (S. 306f.); *H.H. Rupp*, JZ 1998, 919 (923).

[82] *T. Dieterich*, RdA 2002, 1 (11).

gestattet sein muss als bei der Begrenzung der grundrechtlichen Freiheit.[83] Gerade wegen dieser angezeigten Gegenläufigkeit von Ausgestaltung und Eingriff, ist die klare Trennung zwischen ihnen geboten. Beide Kategorien des staatlichen Handelns im Kontext der Koalitionsfreiheit stehen sowohl in einem Exklusivitäts-[84] als auch in einem Aliud-Verhältnis[85] und sind in diesem auch zu belassen.[86]

bb. Schutzgut des hoheitlichen Handelns als Unterscheidungskriterium für Eingriff und Ausgestaltung

Die Unterscheidung zwischen Eingriff und Ausgestaltung ist nach „Zielrichtung, Inhalt und Rechtscharakter", also nach dem Schutzgut, vorzunehmen, um der unterschiedlichen Stoßrichtung staatlichen Handelns Rechnung zu tragen.[87]

Die Informationsobliegenheit beabsichtigt, ein faires Verfahren zwischen den Tarifvertragsparteien durch Gleichgewicht an Informationen zur Erlangung sozial angemessener Tarifergebnisse zu gewährleisten, d.h. zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Beide Vertragsseiten sollen die Möglichkeit haben, bei Ausübung ihrer Tarifautonomie annähernd gleich stark und vor allem bewusst auf das Verhandlungsergebnis Einfluss zu nehmen. Die Informationsobliegenheit stellt damit eine Verfahrensregelung dar, welche allerdings aufgrund ihrer koordinierenden Natur gleichzeitig die negative Koalitionsfreiheit des austretenden bzw. in die OT-Mitgliedschaft wechselnden Verbandsmitglieds und die Organisationsautonomie des Arbeitgeberverbandes „tangiert".

Das BAG hat damit versucht, die verschiedenen Grundrechtssphären der betroffenen Parteien durch die Aufstellung des Transparenzgebotes im Rahmen einer koordinierenden Ausgestaltung in Einklang zu bringen. Somit stellt das

[83] Statt vieler BVerfGE 20, 312 (317); 50, 290 (369); 58, 233 (248); 92, 365 (394); *R. Scholz*, in: HStR VIII, § 175, Rn. 19.

[84] *C. Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 153f., 158; *M. Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, S. 54; *H.D. Jarass*, AöR 1995, 345 (367f.); *H. Butzer*, RdA 1994, 375 (378) m. w. N.; vgl. auch BVerfGE 13, 97 (122); a. A.: *C. Hillgruber*, in: HStR IX, § 200 Rn. 65ff.; *C. Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, S. 105f.: „Ausgestaltung und Begrenzung stehen nicht in einem Verhältnis strenger Alternativität zueinander."; ebenso: *M. Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 441.

[85] *W. Höfling*, Grundelemente einer Bereichsdogmatik der Koalitionsfreiheit, in: Staat, Wirtschaft, Steuern: Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, S. 377 (387ff.). Ebenso *C. Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, S. 159 und *A. Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, S. 285ff., wonach die Ausgestaltung gegenüber dem Eingriff kein „Minus", sondern vielmehr ein dem Eingriff strukturell verschiedenes „Aliud" darstellt.

[86] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 35, 124ff.; *F. Maschmann,* Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 148ff.; *R. Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, S. 141 (S. 143).

[87] *H. Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, Einleitung Rn. 91; *T. Dieterich*, RdA 2002, 1 (11); *S. Ruck*, AöR 1992, 543 (552).

Transparenzgebot eine Konkretisierung, d.h. Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit durch die Rechtsordnung dar.[88]

b. Modifikation des Maßstabes der Verfassungsmäßigkeit bei richterrechtlichen Ausgestaltungen

Möglicherweise ist dieser Prüfungsmaßstab allerdings zu modifizieren, da die Ausgestaltung nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch Richter[89] bzw. richterrechtliche Rechtsfortbildung erfolgt ist. Es stellt sich somit die Frage, inwiefern richterliche Rechtsfortbildung zulässig ist.

In Demokratien und Staatsystemen, in denen eine Gewaltentrennung[90] vollzogen wird, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, Gesetze zu erlassen, welche die Grundrechte ausgestalten. Jedoch steht der Gewaltentrennungsgrundsatz einer richterlichen Rechtsfortbildung dann nicht entgegen, wenn ein dringendes Bedürfnis zur ergänzenden Rechtsfortbildung besteht, da die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht" gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG),[91] und beispielsweise atypische Fälle oder Veränderungen in der Rechtstatsächlichkeit dies erforderlich machen.[92] Die rechtliche Ausgestaltung eines Koalitions- und Tarifsystems ist somit aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips primär Aufgabe der Legislative und nur subsidiär bei Vorliegen einer Schutzlücke eine Aufgabe der Rechtsprechung.[93] Die richterliche Rechtsfortbildung ist daher keinesfalls weiter auszubauen, als es nach dem konkreten Fall erforderlich ist.[94] Gleichzeitig fußt die Zulässigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung aber auf dem Rechtsverweigerungsverbot, wonach Gerichte innerhalb einer zumutbaren Zeit eine Entscheidung auch zu gesetzlich ungeregelten Sachverhalten zu treffen haben.[95] Sofern im Einzelfall eine eingehende Prüfung ergibt, dass kein bewusstes Unterlassen des Gesetzgebers zugunsten eines

---

[88] Ebenso BAGE 126, 75 (84f. Rn. 40); *M. Cornils*, in: Epping/Hillgruber, Beck OK-GG, Art. 9 Rn. 79.1; *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 614ff.).

[89] Zur Mehrdeutigkeit des Begriff des gesetzesvertretenden Richters schreibt *R. Schwarze* prägnant: „Die Formel vom „gesetzesvertretenden" Richterrecht ist mehrdeutig, da sie nicht nur als Bezeichnung des Rangs des Richterrechts, sondern auch als Umschreibung der dem Richter zustehenden Rechtsfortbildungsbefugnis begriffen werden kann dahin gehend, dass der Richter (gesetzgebergleich) zur Setzung richterlicher „Leitlinien" ermächtigt sei. Letzteres ist abzulehnen […]" siehe instruktiv *R. Schwarze*, RdA 2010, 115 (117, Fn. 17).

[90] Hierzu umfassend und eingehend *C. Möllers*, Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Vergleich.

[91] BVerfGE 34, 269 (286ff.); 82, 6 (11ff.); 88, 145 (166f.); 98, 49 (59f.).

[92] *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 123.

[93] *J. Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 165.

[94] *R. Schwarze*, 2010, 115 (117); a. A.: *T. Dieterich*, RdA 2007, 110 (113).

[95] *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 187ff.; *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 368; BVerfGE 84, 212 (226f.); *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht, S. 123 m. w. N.

Bereichs, der sich durch seine Staatsfreiheit auszeichnet, vorliegt, hat die Rechtsprechung die Befugnis, anstelle des Gesetzgebers zu treten.[96]

Mit der Befugnis der Rechtsprechung, anstelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers tätig zu werden, geht gleichzeitig einher, dass die richterrechtliche Ausgestaltung genau wie ein Eingriff in die individuelle oder kollektive Koalitionsfreiheit der Verfassungsmäßigkeit unterliegt.[97] Schließlich soll die „Ausweichgesetzgebung" des Richters die Grundrechtsphäre der Menschen nicht einfacher und stärker beeinträchtigen als die Gesetzgebung des regulären demokratisch legitimierten Gesetzgebers dies darf.[98]

Von besonderer Relevanz ist die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers und subsidiär der Rechtsprechung, wenn es um die Regelung des Verhältnisses der Tarifparteien untereinander geht und „koordinierende Regelungen"[99] gefunden werden müssen.[100] Solche Regelungen wurden bisher vor allem durch arbeitskampfrechtliches Richterrecht[101] geschaffen.[102] Da das TVG sich auf wenige Grundregeln beschränkt, ist die Rechtsprechung oftmals aufgrund der vorgebrachten Fälle gezwungen, richterliche Rechtsfortbildung zu betreiben.[103] So zeichnen sich das Tarif- und noch mehr das Arbeitskampfrecht vor allem dadurch aus, dass sie größtenteils erst durch richterrechtliche Rechtsfortbildung etabliert wurden.[104]

---

[96] *S. Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, S. 263.

[97] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 85; Vgl. *H. Fenn*, Der Grundsatz der Tarifeinheit – Zugleich zu Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, S. 213 (225).

[98] *E. Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, S. 207; *A. Zeuner*, Gedanken zum Verhältnis Richterrecht und Betätigungsfreiheit der Beteiligten, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 727 (742); *H. Otto*, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der koalitionsspezifischen Betätigung, S. 20f., 65 m. w. N.

[99] BVerfGE 84, 212 (228); 94, 268 (284); 88, 103 (115): „Zum einen erfordert der Umstand, dass beide Tarifvertragsparteien den Schutz des Art. 9 Abs. 3 prinzipiell gleichermaßen genießen, bei seiner Ausübung aber in scharfem Gegensatz zueinander stehen, koordinierende Regelungen, die gewährleisten, dass die aufeinander bezogenen Grundrechtspositionen trotz ihres Gegensatzes nebeneinander bestehen können. Zum anderen macht die Möglichkeit des Einsatzes von Kampfmitteln rechtliche Rahmenbedingungen erforderlich, die sichern, dass Sinn und Zweck dieses Freiheitsrechts sowie seine Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung gewahrt bleiben".

[100] *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung Rn. 126; vgl. auch ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 84; siehe auch *T. Dieterich*, Arbeitsgerichtlicher Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit, in: Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag, S. 114ff.

[101] Zur Problematik des Richterrechts siehe auch weiterführend *T. Dieterich*, RdA 1993, 67ff.; *T. Dieterich*, RdA 1986, 2ff.

[102] *W. Däubler*, in: Däubler, TVG, Einleitung Rn. 126.

[103] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 84.

[104] Statt vieler: *H. Bauer*, in: Dreier, GG I, Art. 9 Rn. 95; ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 84.

F. Gamillscheg stellte daher schon früh für das Arbeitsrecht fest, dass „der Richter […] der eigentliche Herr im Arbeitsrecht“[105] sei. Diese richterrechtlichen Ausgestaltungen wirken stets auch grundrechtseingreifend, da sie durch grundrechtsentfaltende Koordination auch mit Grundrechtsbeeinträchtigungen für einen anderen Grundrechtsträger verbunden sind. *R. Wank* plädiert daher dafür, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung ein weiter Spielraum, dem Richter dagegen ein enger Spielraum zukomme.[106] Die Rechtsprechung sei somit bei der Ausgestaltung auf den Kernbereich der Koalitionsfreiheit beschränkt.[107]

Diese Auffassung verdient zwar einerseits Zustimmung, da der richterlichen Ausgestaltung der Makel der mangelnden demokratischen Legitimation anhaftet, weil sie nicht unmittelbar rückführbar auf den Volkswillen ist. Andererseits ist aber nicht ersichtlich, weshalb richterrechtliche Ausgestaltung intensiver überprüft werden soll als gesetzliche Ausgestaltung, wenn beide Grundrechtsentfaltung ermöglichen und der Rechtsordnung bei der Ausgestaltung gerade ein größerer Gestaltungs- und Wertungsspielraum zukommen soll, als bei der Grundrechtsbegrenzung durch Eingriffe. Bei einer Gleichbehandlung von richterlicher Ausgestaltung und Grundrechtseingriffen wäre die Unterscheidung hinfällig. Ein unterschiedlicher Beurteilungsspielraum bezüglich Gesetz und Richterrecht wäre lediglich hinsichtlich der in die Grundrechtsausgestaltung einfließenden Erwägungen plausibel; mit anderen Worten: Der Richter darf richterliche Ausgestaltung nur hinsichtlich der ihm gestellten Rechtsfrage entwickeln. Zudem muss eine Schutzlücke vorhanden sein,[108] d.h. es darf kein bewusstes Unterlassen des Gesetzgebers zugunsten eines Bereichs der sich durch seine Staatsfreiheit auszeichnet,[109] vorliegen. Der Gesetzgeber hat demgegenüber einen weiteren Aktionsradius in Bezug auf zu regelnden Beziehungen der Grundrechtsträger.

Ohnehin darf der Richter seit dem häufig zitierten Aussperrungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts[110] von seiner Befugnis der richterlichen Rechtsschöpfung „nur besonders zurückhaltenden Gebrauch machen“.[111] Die Rechtsfortbildung durch Richter ist somit durch die Notwendigkeitsmaxime gebunden, d.h. Ausgestaltung durch richterliche Rechtsfortbildung darf nur „insoweit erfolgen, als es aus Rechtsgründen erforderlich ist.“[112] Zudem wäre die Anwendung eines

[105] *F. Gamillscheg*, AcP 1964, 385 (388).

[106] *R. Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, S. 141 (S. 164).

[107] *R. Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, S. 141 (S. 164, S. 146).

[108] *J. Isensee*, in: HStR IX, § 190 Rn. 165.

[109] *S. Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus, S. 263.

[110] BVerfGE 84, 212ff.

[111] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 40.

[112] *R. Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, S. 141 (S. 144).

unterschiedlichen Maßstabes bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von gesetzlicher Ausgestaltung und richterlicher Ausgestaltung auch deshalb nicht konsistent, weil sich die Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit – nach der hier vertretenen Ansicht – nicht auf einen Kernbereich beschränkt, sondern in der gesamten Rechtsordnung vielmehr eine Verfahrensgarantie sicherzustellen hat.

Festzuhalten ist also, dass sich der Mangel der demokratischen Legitimation einer Ausgestaltung durch Richterrecht nicht auf den Maßstab der Verfassungsmäßigkeit bei der Ausgestaltung auswirken darf. Denn dies würde die Grenzen zwischen Grundrechtsentfaltung und Grundrechtsförderung einerseits und Grundrechtsbegrenzung andererseits verwischen. Konsequenterweise muss demnach auch auf die gesetzesvertretende Ausgestaltung durch den Richter der gleiche Verfassungsmäßigkeitsmaßstab angewandt werden wie bei gesetzlicher Ausgestaltung. Jedoch bleibt der Unterschied zwischen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber und Ausgestaltung durch Richterrecht insofern bestehen, als dass der Gesetzgeber „mehr als die Rechtsprechung Bedürfnisse der Praktikabilität und Rechtssicherheit berücksichtigen“ kann, weil er nicht an eine konkrete Rechtsfrage gebunden ist.[113] Wegen der schon vorherrschenden Undifferenziertheit in der Problematik um Ausgestaltung und Eingriff ist eine konsequente Lösung vorzuziehen. Mag dieses Ergebnis aufgrund des Mangels der demokratischen Legitimation richterlich entwickelter Grundsätze nicht befriedigen, so bleibt die Aufforderung an den Gesetzgeber, die Zweifel durch gesetzliche Festsetzungen der richterlichen Rechtsfortbildung zu überwinden.

Somit ist die Informationsobliegenheit als eine durch Richterrecht geschaffene, neue Voraussetzung für die Entledigung der Tarifbindung innerhalb von Tarifverhandlungen an dem für Ausgestaltungen geltenden Verfassungsmäßigkeitsmaßstabes zu prüfen.

2. *Verfassungsmäßigkeitsmaßstab einer richterrechtlichen Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit*

Für die richterrechtliche Ausgestaltung der Informationsobliegenheit durch die Rechtsordnung bestehen somit folgende verfassungsrechtliche Anforderungen:[114] Richterliche Rechtsfortbildung ist nur zulässig, insoweit es aus Rechtsgründen erforderlich ist, dass das Gericht in seiner Entscheidung Recht fortbildet.

Die Ausgestaltung durch die Rechtsordnung muss sich „am Normziel von Art. 9 Abs. 3 GG“,[115] d.h. der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, orientieren. Überdies müssen Ausgestaltungen „dem Grundrechtsvollzug nützlich sein und dürfen die Verhandlungsfähigkeit beider Seiten nicht beeinträch-

[113] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 85.

[114] *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 616).

[115] BVerfGE 92, 26 (41f.).

tigen".[116] Die Grenze der Ausgestaltung liegt somit im objektiven Gehalt der Koalitionsfreiheit, d.h. die „Tarifautonomie muss als ein Bereich gewahrt bleiben, in dem die Tarifvertragsparteien ihre Angelegenheiten grundsätzlich selbstverantwortlich und ohne staatliche Einflussnahme regeln können […]".[117]

Für die Rechtsprechung gilt zudem, dass Wertungen des einfachen Rechts nicht blindlings beiseitegeschoben[118] und nur solche Bestimmungen festgesetzt werden dürfen, die auch der Gesetzgeber hätte erlassen dürfen[119].

III. Richterliche Informationsobliegenheit als verfassungsgemäße Ausgestaltung und Lösung des Konflikts um Blitzaustritt und Blitzwechsel

Die Informationsobliegenheit ist auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu untersuchen. Überzeugend kann die richterliche Informationsobliegenheit nur sein, wenn sie eine Regelung darstellt, welche durch Richterrecht notwendigerweise entwickelt wurde und den Konflikt zwischen Arbeitgeberverband, austretendem bzw. übertretendem Verbandsmitglied und Gewerkschaft in einer dem Tarifsystem gerecht werdenden Weise löst, d.h. dabei die unterschiedlichen Grundrechtspositionen ausreichend berücksichtigt.

1. Notwendigkeitsmaxime, Subsidiarität des Richterrechts zum Gesetzesrecht und Beachtung der Wertungen des einfachen Rechts

Das BAG musste in den Fällen von Blitzaustritt und Blitzwechsel die verschiedenen Grundrechtspositionen der Betroffenen in ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Besonders zu berücksichtigen ist im Zusammenhang der richterrechtlichen Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit die Tatsache, dass die Rechtsordnung bei der Koalitionsfreiheit in bestimmten Fällen eine Verfassungspflicht zur Ausgestaltung trifft.[120] In Fällen der Ausgestaltungspflicht muss die Rechtsordnung einschreiten, d.h. sowohl Gesetzgeber als auch Rechtsprechung verhalten sich verfassungswidrig, sofern sie nicht eingreifen, „wo die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in Gefahr ist oder der Schutz kollidierender Individualgrundrechte dies gebietet".[121]

---

[116] *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 124, 41, *R. Krause* ist dabei der Nähe zwischen einer – wie von ihm vertretenen – Angemessenheitskontrolle und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wohl bewusst, siehe *R. Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, § 1 Rn. 124; *F. Maschmann,* Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, S. 151ff.; BVerfGE 50, 290 (369); 92, 26 (41); 92, 365 (394); *T. Dieterich*, RdA 2002, 1 (13); vgl. auch *R. Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, S. 141 (S. 146, 164).

[117] BVerfGE 92, 365 (394).

[118] *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 616).

[119] BVerfGE 84, 212 (228f.).

[120] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 86.

[121] ErfK- *T. Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 86.

Eingebettet war die Frage nach einem angemessenen Verhalten der Tarifvertragsparteien während der Tariflosigkeit bei gleichzeitig laufenden Tarifverhandlungen in den zugrunde liegenden Sachverhalt, ob ein Anspruch auf tarifliche Leistung eines Arbeitnehmers bestand.[122] Die Entscheidung dieser Frage richtete sich maßgeblich danach, ob das beklagte Unternehmen im fraglichen Zeitraum tarifgebunden war. Eine explizite Regelung diesbezüglich bot das TVG nicht. Es bestand somit die Notwendigkeit im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung das Verhältnis von vereinsrechtlicher Mitgliedschaft und tarifrechtlicher Bindung zu untersuchen. Gleichzeitig musste die Frage auch deshalb durch die Rechtsprechung beantwortet werden, weil das Verfahren zur Findung von Tarifverträgen als solches zu untersuchen und seine Determinanten zu bestimmen waren.

a. Ausnahmen des Gleichlaufs zwischen vereinsrechtlicher Mitgliedschaft und tarifrechtlicher Bindung

Der Informationsobliegenheit wird kritisierend vorgehalten, dass Ausnahmen des Gleichlaufs zwischen vereinsrechtlicher Mitgliedschaft und tarifrechtlicher Bindung bereits gesetzlich normiert seien; der nun durch die Rechtsprechung zusätzlich begründete Fall der Tarifgeltung trotz vereinsrechtlich wirksamer Beendigung der Mitgliedschaft sei den normierten Ausnahmen (z. B. §§ 3 Abs. 3, 5 TVG, § 1 Abs. 1, Abs. 3 AentG etc.) gegenüber legitimationsbedürftig und nur schwer begründbar.[123] Bereits § 3 Abs. 3 TVG schütze die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und räume dieser in Fällen der Nachbindung den Vorrang vor der negativen Koalitionsfreiheit des Austretenden ein.[124] Neben § 3 Abs. 3 TVG sei eine zusätzliche Tarifbindung in Fällen des Blitzaustritts und Blitzwechsels bei unterlassener Information an die Gewerkschaft auch deshalb abzulehnen, weil bei der Schaffung des Tarifvertragsgesetzes durchaus die Möglichkeit eines Austritts aus dem Arbeitgeberverband zwecks Flucht vor dem anstehenden Tarifvertrag gesehen wurde.[125] Demnach sei die mangelnde Anwendbarkeit des § 3 Abs. 3 TVG,

[122] BAGE 126, 75ff.; BAGE 127, 27ff.

[123] *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 309).

[124] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 560); *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 312).

[125] *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 312).

wenn Blitzaustritte und Blitzwechsel im tariflosen Zeitraum vollzogen würden, vom historischen Gesetzgeber gewollt.[126]

Dem Einwand, dass es bereits Ausnahmen des grundsätzlichen Gleichlaufs zwischen vereinsrechtlicher Vollmitgliedschaft und tarifrechtlicher Bindung gebe und diese bewusst nicht die Fälle von Blitzaustritt und Blitzwechsel berücksichtigten, muss entgegnet werden, dass das Hauptsicherungsmittel der Tarifbindung (§ 3 Abs. 3 TVG) nicht die gleiche Zielsetzung verfolgt wie das BAG mit seiner besonderen Konstruktion der vereinsrechtlichen Wirksamkeit aber tarifrechtlichen Unwirksamkeit bei unterlassener Information an die Gewerkschaft und Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. § 3 Abs. 3 TVG erfasst die Fälle, in denen sich ein Verbandsmitglied während der Geltung eines Tarifvertrages zur Beendigung der vereinsrechtlichen Vollmitgliedschaft entschlossen hat. Bei der Nachbindung liegt somit ein Tarifvertrag vor, an den der Arbeitgeber auch nach seinem Austritt gebunden ist. Bei einem Blitzaustritt oder Blitzwechsel will sich das Verbandsmitglied aber gerade an den „anstehenden" Tarifvertrag nicht binden lassen. Die Gewerkschaft, welche mit dem Arbeitgeberverband des austretenden Verbandsmitgliedes einen Tarifvertrag geschlossen hat, kann nicht davon ausgehen, dass das Verbandsmitglied nicht während der Laufzeit des Tarifvertrages die Mitgliedschaft beendet und somit von der Geltung weiterer Tarifverträge nicht erfasst wird. Die Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG, welche sich an einen solchen Austritt bzw. Wechsel in die OT-Mitgliedschaft anschließt, schützt daher das Vertrauen der Arbeitnehmer des Verbandsmitgliedes, aber nicht das Vertrauen der Gewerkschaft, welche mit dem Arbeitgeberverband des einzelnen Verbandsmitglieds einen Tarifvertrag geschlossen hat. Für die Frage, ob das Vertrauen der Gewerkschaft auf bestimmte Verbandsmitglieder geschützt ist, sind keine Normierungen ersichtlich.

Dem historischen Argument, dass der Gesetzgeber durchaus die Möglichkeit der Tarifflucht gesehen habe, sie aber nicht habe erfassen wollen, muss entgegnet werden, dass Lücken im Gesetz nicht automatisch zu der Schlussfolgerung leiten, dass eine bestimmte Fragestellung nicht geregelt werden sollte. Selbst wenn der historische Gesetzgeber einst eine bestimmte Fallkonstellation von der Anwendung des Gesetzes ausnehmen wollte, so gilt stets, dass die Rechtsordnung sich den Herausforderungen der Rechtstatsächlichkeit zu stellen hat. Gegebenenfalls sind dann auf neue rechtstatsächliche Entwicklungen mit einer neuen Interpretation des Gesetzes oder mit Gesetzesänderungen zu reagieren.

Die Neuerung, welche durch das BAG entwickelt wurde, besteht folglich in dem neu aufgeworfenen Erfordernis der Information, welches nach streng vereinsrechtlicher Sicht und Annahme einer Parallelität zwischen vereinsrechtlicher Mitgliedschaft und tarifrechtlicher Bindung aufgrund der Satzungsautonomie des

---

[126] *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 312).

Verbandes und des Austrittsrechts des Vereinsmitglieds nicht von Nöten wäre. Dies bedeutet aber nicht automatisch, dass durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einfachgesetzliche Wertungen missachtet werden. Im Hinblick auf den normativen Regelfall des Vereinsrechts gem. § 39 Abs. 1 BGB, wonach der Austritt jederzeit möglich ist, kann wohl kaum ernsthaft vertreten werden, dass mit dieser Norm das Tarifrecht abschließend mit Blick auf Austritte aus Kollektivverbänden geregelt werden sollte.[127] Zwar wäre eine klare Positionierung zu diesem Aspekt durch die Rechtsprechung wünschenswert gewesen,[128] allerdings können keine evidenten Missachtungen einfachgesetzlicher Wertungen gegen den Regelfall des Vereinsaustritts nach § 39 Abs. 1 BGB sowie die Tarifbindung nach § 3 Abs. 1 TVG festgestellt werden.[129] Darüber hinaus wurde § 39 Abs. 1 BGB für den Austritt aus der Gewerkschaft bereits hinreichend abbedungen,[130] und die Tarifbindung nach § 3 Abs. 1 TVG beansprucht nicht absolute Geltung.

Aus dem Umstand, dass es bisher keine Verpflichtung zur Information über Veränderungen im Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbands gab bzw. eine fehlerhafte Vorstellung über die Mitgliederstruktur des Arbeitgeberverbandes irrelevant war,[131] kann nicht der Schluss gezogen werden, dass Informationsdefizite über den Mitgliederbestand zu ertragen seien.[132] Insbesondere liegt auch dann keine unangemessene Beeinträchtigung der Grundrechtssphären des Arbeitgeberverbandes und des einzelnen Verbandsmitglieds vor, wenn man, wie *R. Krause*, die Informationsobliegenheit mit der einhellig für richtig befundenen Kündigungshöchstfrist aus der Gewerkschaft von sechs Monaten[133] vergleicht.[134]

---

[127] Ähnlich *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 616).

[128] *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 616f.).

[129] *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 616f.); *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (285).

[130] BGH, Urteil vom 04.07.1977 – II ZR 30/76– AP GG Art. 9 Nr. 25 = DB 1977, 2226 (2228); BGH, Urteil vom 22.09.1980 – II ZR 34/80 – AP GG Art. 9 Nr. 33.

[131] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (104); *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 571); *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 308f.).

[132] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (104).

[133] BGH, Urteil vom 04.07.1977 – II ZR 30/76– AP GG Art. 9 Nr. 25 = DB 1977, 2226 (2228); BGH, Urteil vom 22.09.1980 – II ZR 34/80 – AP GG Art. 9 Nr. 33.

[134] *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 616).

b. Systemfremde und systemwidrige Vorbindung statt Nachbindung

Überdies sei eine tarifrechtliche „Vorbindung“ wie sie in Fällen von Blitzaustritt und Blitzwechsel erfolge, systemfremd, weil das Tarifrecht ein auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhendes System sei.[135] Im Gegensatz zur Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG basiere die „Vorbindung“ nicht einmal auf autonom legitimierter Tarifbindung zu einem Tarifvertrag und somit sei die weitere Tarifgeltung des Arbeitgebers nicht legitimiert.[136] Für eine Rechtsfortbildung contra legem fehle es an allen Voraussetzungen.[137] Die Richterrechtsetzung dieser Art ignoriere die Bindung des Richters an das Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG[138] und sei illegitim.[139] Zudem werde die Tarifautonomie durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts selbst gestört, da durch den autarken Willensäußerungsakt in Form eines Austritts des Verbandsmitglieds die Tarifautonomie verwirklicht werde.[140] Denn neben dem oppositionellen Widerspruch gegen Verbandshandeln stehe jedem Verbandsmitglied als schärfste Widerstandsform der Austritt zur Verfügung, welcher aber gerade verwehrt werden solle.[141]

Diese zunächst plausibel erscheinende Argumentation über eine unzulässige „Vorbindung“ verliert aber schnell an Durchschlagskraft, wenn man sich vor Augen führt, dass die Bindung an den Tarifvertrag bei einem austrittswilligen bzw. wechselwilligen Mitglied aufgrund des vormalig freiwilligen Vollmitgliedschaftsverhältnisses erfolgt. Es wird an den Zustand bei Verhandlungsbeginn angeknüpft, der vereinsrechtlich ein freiwilliges Mitgliedschaftsverhältnis darstellte. Dem einzelnen Verbandsmitglied wird seine negative Koalitionsfreiheit durch die Einführung der Informationsobliegenheit aber keinesfalls gänzlich entzogen, sondern nur während der Tarifverhandlungen unter diese Voraussetzung gestellt. Es handelt sich daher bei der richterlichen Rechtsfortbildung in der causa Blitzaustritt und Blitzwechsel auch nicht um eine Rechtsfortbildung contra legem. Vielmehr wird neben dem Vertrauenstatbestand der Arbeitnehmer (§ 3 Abs. 3 TVG) ein

---

[135] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 242; *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (281ff.).

[136] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 231; ebenso *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 309); Ähnlich argumentieren *J.-H. Bauer* und *K. Haußmann*, die ebenso argumentieren, dass die gesetzlichen Bestimmungen bewirkten, dass Arbeitgeber nicht Tarifverträge anzuwenden hätten, wenn diese nach ihrem Verbandsaustritt oder Statuswechsel unterzeichnet werden würden, siehe *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (103).

[137] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 242.

[138] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 242.

[139] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 242; *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 575); vgl. *M. Franzen*, Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, S. 938f.

[140] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 243.

[141] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 243.

Vertrauenstatbestand der Gewerkschaft während der Tarifverhandlungen hinzugefügt. Dies erfolgt aber nicht gegen das Gesetz, sondern in Ansehung des bestehenden Tarifsystems.

Weiter wird angeführt, dass durch die Tarifbindung infolge einer unterlassenen Information an die Gewerkschaft ein Verbandsmitglied an einen Tarifvertrag gebunden werde, auf dessen Inhalt er wegen seines vermeintlich kurzfristigen Austritts aber keinen Einfluss gehabt habe.[142] Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erreiche selbst keinen Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit: So führe das Erlöschen der vereinsrechtlichen Mitgliedschaft dazu, dass es dem Austrittswilligen bzw. Wechselwilligen verwehrt werde, sich bei relevanten Tarifentscheidungen einzubringen, gleichzeitig werde aber das „vorgebundene" Mitglied tarifgebunden nach § 3 Abs. 1 TVG.[143] Somit gäbe es keinen Gleichlauf, sondern in diesen Fällen mehr Tarifgeltung als Verantwortlichkeit.[144]

Diesem Argument kann entgegengehalten werden, dass es Kennzeichen von Blitzaustritt und Blitzwechsel ist, dass sie während der Tarifverhandlungen erfolgen. Somit hat der blitzartig austretende oder blitzartig in die OT-Mitgliedschaft wechselnde Arbeitgeber die Möglichkeit gehabt, an den Tarifverhandlungen aktiv teilzunehmen und seine Bedürfnisse und Interessen vorzubringen. Entscheidet sich aber ein Verbandsmitglied, sich kurzfristig der Tarifbindung zu entledigen, weil es nicht gewillt ist, einen sich als für ihn „ungünstig" abzeichnenden Tarifvertrag mitzutragen, so muss es sich, wenn dadurch die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt wird, weil die Gewerkschaft nichts von seinen Absichten erfährt, mit der tarifrechtlichen Konsequenz arrangieren. Das Argument der mangelnden Einflussnahme derjenigen, welche aufgrund der Informationsobliegenheit an den neuen Tarifvertrag gebunden werden, ist somit nicht überzeugend. Dem einzelnen Verbandsmitglied wird in keiner Weise verwehrt, an den Tarifverhandlungen aktiv teilzunehmen. Wenn sich dieses Mitglied aber entschließt, nicht an den zukünftigen Tarifvertrag gebunden sein zu wollen, so muss der Gewerkschaft die Chance gegeben werden, hierauf zu reagieren. Sodann ist dem Verbandsmitglied sowohl der vereinsrechtliche Austritt als auch die Beendigung der Tarifbindung möglich. Ein Gleichlauf zwischen Verantwortlichkeit und Betroffenheit wird daher sehr wohl durch die Informationsobliegenheit geschaffen. Lediglich diejenigen, welche durch ihre vereinsrechtliche Beendigung der T-Mitgliedschaft die Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie herbeiführen, sie der Gewerkschaft die Information über den Austritt bzw. Wechsel in die OT-Mitgliedschaft vorenthalten, bleiben tarifgebunden, obwohl sie nicht bis zuletzt an dem Tarifabschluss mitgearbeitet haben. Diese Tarifbindung beruht aber auf der selbstbestimmten Entscheidung des Verbandsmitglieds, auszutreten ohne weiter am Tarifvertrag mitzuarbeiten.

---

[142] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (105).
[143] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 243.
[144] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 243.

Weshalb in der Tarifbindung eines austritts- bzw. wechselwilligen Arbeitgebers im Falle eines Blitzaustritts oder Blitzwechsels eine „Vorbindung“ oder eine nicht legitimierte Tarifbindung gesehen wird, die nicht wie § 3 Abs. 3 TVG an eine frühere Mitgliedschaft anknüpft, ist fraglich.[145] Die Tarifbindung in Fällen eines Blitzaustritts oder Blitzwechsels erfolgt sehr wohl aufgrund der früheren Mitgliedschaft, jener vereinsrechtlichen Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband, die auch noch zu Beginn der Tarifvertragsverhandlungen bestand.[146] Die Tarifbindung kann somit auf eine privatautonome und selbstbestimmte Entscheidung des Arbeitsgebers und Vereinsmitglieds zurückgeführt werden. Der Begriff der „Vorbindung“ verschleiert die Tatsache, dass vor dem Tarifvertragsabschluss eine Tarifbindung aufgrund der vereinsrechtlichen Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband bestanden hat. Die Tarifbindung in Fällen einer beabsichtigten Tarifflucht durch Blitzaustritt und Blitzwechsel erfolgt nicht im Sinne einer angeordneten vorgreifenden Tarifbindung, sondern vielmehr im Sinne einer besonderen Nachbindung wegen abrupter Veränderungen im Arbeitgeberlager bei gleichzeitig unterlassener Bekanntgabe an die von den Veränderungen betroffene Gewerkschaft.[147]

c. Zwischenergebnis

Die richterlich entwickelte Informationsobliegenheit entstand im Wege einer Notwendigkeit richterlicher Rechtsfortbildung und unter Beachtung der Wertungen des einfachen Rechts.

2. *Informationsobliegenheit zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie*

Weiter muss die Informationsobliegenheit materielle Voraussetzungen erfüllen. Sie muss materiell der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie dienlich sein, d.h. sie muss sich an der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie orientieren sowie die Tarifautonomie als ein Bereich zur eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Regelung der Koalitionen wahren.

a. Konstruktion der Informationsobliegenheit und Rechtsfolgen bei erforderlicher, aber unterlassener Information an die Gewerkschaft

Mit der Informationsobliegenheit beabsichtigt das Bundesarbeitsgericht, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern,[148] indem das Verfahren der Tarifverhandlungen zur Findung sozial angemessener Tarifergebnisse fair geregelt wird.

---

[145] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 230f.; *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (103).

[146] *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 614).

[147] *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 619); vgl. auch *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (285).

[148] BAGE 126, 75 (84f. Rn. 40).

Diese Informationsobliegenheit (oder situative Informationspflicht[149]) wirft zahlreiche Fragen auf: Unter welchen Voraussetzungen muss informiert werden? Was muss Bestandteil der Information sein? Auf welcher Grundlage beruht sie? Wer hat zu informieren? Zu welchem Zeitpunkt muss die Gewerkschaft informiert werden?

aa. Verfassungsrechtliche Grundlage der Informationsobliegenheit

Als Rechtsgrundlage für die Unterrichtungsobliegenheit über die verhandlungsrelevanten Mitgliederbestandsveränderungen des Arbeitgeberverbandes an die Gewerkschaft führt das BAG Art. 9 Abs. 3 GG an, da ansonsten der Tarifvertrag ausgehöhlt werde.[150] Jedoch wird von Gegnern des Transparenzgebotes die „mangelnde" Rechtsgrundlage für eine solche Unterrichtungspflicht kritisiert.[151] Zwar werde durch das Gericht selbst und auch von einzelnen Autoren auf das „wenig verdichtete Fairnessgebot sowie vor allem auf Koalitionsrecht und speziell den Paritätsgedanken" hingewiesen, eine genauere Herleitung unterbleibe allerdings.[152]

Bei dem Streit um die mangelnde verfassungsrechtliche Herleitung der Informationsobliegenheit wird allerdings vernachlässigt, die hinter der Mitteilungsobliegenheit stehende Intention zu betrachten, denn gerade durch diese Konstruktion sollte ein Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Grundrechtspositionen erfolgen.[153] Die besondere konstruktive Seite der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zu Blitzaustritt und Blitzwechsel besteht nämlich darin, dass Blitzaustritt und Blitzwechsel als Rechtsgeschäft nichtig gem. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG i. V. m. § 134 BGB sind, gleichzeitig aber der Gesetzesverstoß nicht dazu führt, vereinsrechtlich die T-Mitgliedschaft während laufender Tarifverhandlungen wirksam zu beenden. Somit wurde versucht, die verschiedenen koalitionsverfassungsrechtlichen Positionen in einen schonenden Ausgleich zu bringen:[154] Einerseits sollte die Möglichkeit der Verbandsmitglieder erhalten bleiben, auch während laufender Tarifverhandlungen aus dem Arbeitgeberverband auszutreten. Andererseits sollten Beeinträchtigungen der Verhandlungsführung der Gewerkschaft nicht uneingeschränkt toleriert werden. Die Informationsobliegenheit fußt daher auf

---

[149] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 1 Rn. 1005.

[150] BAGE 127, 27 (46ff. Rn. 66ff.).

[151] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 562).

[152] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (562).

[153] Ähnlich *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 898).

[154] *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 618).

dem durch Art. 9 Abs. 3 GG transportierten Koalitionssystem. Diese erläuternden Hinweise zur verfassungsrechtlichen Grundlage der Informationsobliegenheit wären zwar wünschenswert gewesen, doch sind zu detailreiche Ausführungen aufgrund ihres abstrakten Gehalts im Urteil wenig sachgerecht.

Äußerst unglücklich ist jedoch die vom BAG gewählte Wortwahl, da von der Störung der „Geschäftsgrundlage der Tarifverhandlungen“[155] die Rede ist.[156]

Die auf die Lehre der Störung der Geschäftsgrundlage verweisende Argumentation überzeugt insoweit nicht, als dass der Tarifvertrag als besonderer Normenvertrag gerade keiner „Zensur“ durch die Rechtsprechung im Sinne einer Anpassung unterfallen darf.[157] Neben der Anpassung des Vertrages nach § 313 Abs. 1 BGB[158] ist es nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage auch möglich, dass der Vertrag bei Unzumutbarkeit der Durchführung gekündigt wird gem. § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB[159].[160] Der Gewerkschaft ein Kündigungsrecht nach § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB wegen subjektiver Unzumutbarkeit einer Vertragspartei den Vertrag durchzuführen, zu gewähren, ist aufgrund der Objektivierung der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch den Blitzaustritt oder Blitzwechsel nicht plausibel.[161] Überdies sind die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage aufgrund ihres Ausnahmecharakters sehr zurückhaltend anzuwenden.[162]

[155] BAGE 127, 27 (45f. Rn. 64f.).

[156] Ähnlich *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 618); kritisch ebenso *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (284); *C. Höpfner*, ZfA 2009, 541 (565f.); Vorschläge, wonach alternativ zur Informationsobliegenheit und Lösung des Bundesarbeitsgerichts, die Problematik um Blitzaustritt und Blitzwechsel über die Grundsätze zur Störung der Geschäftsgrundlage zu lösen seien, sind abzulehnen, siehe *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 309); ähnlich auch *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (105): „Ebenso kann der Wechsel im Mitgliederbestand von Fall zu Fall die Geschäftsgrundlage der schuldrechtlichen Tarifvereinbarung betreffen und zu den zivilrechtlichen Folgen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage von der Anpassung bis zur Neuverhandlung führen.“

[157] Siehe *C. Höpfner*, ZfA 2009, 541 (565) für weitere Nachweise.

[158] § 313 Abs. 1 BGB lautet: „Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.“

[159] § 313 Abs. 3 BGB lautet: „Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.“

[160] *H. Unberath*, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, § 313 Rn. 84ff.

[161] *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 618).

[162] *H. Unberath*, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, § 313 Rn. 2.

Die Rechtsfolge, welche das BAG im Falle einer Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch Blitzwechsel ansetzt, ist, dass der Statuswechsel vereinsrechtlich wirksam, aber tarifrechtlich unwirksam gem. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG i. V. m. § 134 BGB ist und der Arbeitgeber weiter nach § 3 Abs. 1 TVG tarifgebunden bleibt.[163]

Diese Rechtsfolge passt zu keiner der Rechtsfolgen, welche § 313 BGB nach sich zieht.[164] Daher erscheint der Rückgriff des Bundesarbeitsgerichts in seiner Blitzwechsel-Entscheidung auf den Terminus „Störung der Geschäftsgrundlage“[165] unpassend.

Behauptet wird auch, dass das Transparenzgebot einen „Fremdkörper“ im Verhältnis der tariflichen Gegenspieler zueinander darstellen würde.[166] Diese These und Ausdrucksweise kann keinesfalls geteilt werden. Allein aufgrund der Tatsache, dass Tarifvertragsparteien auch immer Vertragsparteien im schuldrechtlichen Sinne sind, sind sie stets gegenseitig zu redlichem Verhalten verpflichtet. Selbst wenn eine Dauerrechtsbeziehung abgelehnt wird, so auch von *J.-H. Bauer* und *K. Haußmann*,[167] so müsste man dazu kommen, dass sie wenigstens aufgrund der zwischen den Tarifvertragsparteien ausdrücklich bestehenden verfassungsrechtlich angeordneten unmittelbaren Drittwirkung zu koalitionsfreiheitsgemäßen Verhalten gem. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG verpflichtet sind.

Hinzu kommt weiter, dass der teleologisch-funktionellen Auslegung des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG bereits zu entnehmen ist, dass die Tarifvertragsparteien um der sozial angemessenen Ergebnisse und des Bestimmungsziels der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ willen[168] zu einem Verhalten verpflichtet sind, das die Gleichberechtigung der Vertragsparteien nicht umgeht.

Hinsichtlich der mangelnden verfassungsrechtlichen Grundlage der Informationsobliegenheit sind die Kritiker auf das durch Art. 9 Abs. 3 GG vermittelte Koalitionssystem zu verweisen. Somit ist die neue Informationsobliegenheit auch keinesfalls ein Fremdkörper, sondern fügt sich vielmehr nahtlos „systemkonform“[169] in das Gesamtgefüge des antagonistischen Verfahrens zur Findung angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ein. Zweideutige Rückgriffe auf die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage sind allerdings nicht zielführend.

---

[163] BAGE 127, 27 (48f. Rn. 72).
[164] Ähnlich *C. Höpfner*, ZfA 2009, 541 (566).
[165] BAGE 127, 27 (45f. Rn. 64f.).
[166] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (105).
[167] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (105).
[168] Siehe hierzu vor allem Drittes Kapitel: B. III. 3.
[169] *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 623, 614ff.).

bb. Gestufte Beeinträchtigung und Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie

Wie bereits erläutert, ist nicht jede Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie auszugleichen. Es muss das gerechte Maß zwischen zulässiger Verbandsstrategie und unzulässiger Rechtsausübung[170] gefunden werden. Das BAG thematisiert bedauerlicherweise nur recht kursorisch, welche Faktoren zu einer konkreten Verletzung der Funktionsfähigkeit führen und wann diese Stufe der Beeinträchtigung erreicht ist.[171] So wird selbst in der konkretisierenden Blitzwechsel-Entscheidung ausgeführt, dass es „im Einzelfall auch genügen" könne, das Kräftegleichgewicht zu erhalten, „wenn die Gewerkschaft während der Tarifverhandlungen darüber informiert worden ist, dass bei bestimmten Verhandlungsergebnissen ein bestimmter Arbeitgeber oder eine bestimmte Arbeitgebergruppe aus dem Verband oder der durch ihn vermittelten Tarifbindung ausscheiden wird […]".[172] Die Kenntnis darüber, dass eine „Möglichkeit zu einem jederzeitigen Wechsel in die OT-Mitgliedschaft" nach der Satzung des Arbeitgeberverbandes bestehe, reiche demgegenüber aber nicht.[173]

cc. Modalitäten der Informationsobliegenheit

(1) Rechtzeitigkeit der Informationsobliegenheit

In engem Zusammenhang mit der Frage des Inhalts der Informationsobliegenheit steht die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Gewerkschaft zu unterrichten ist. Die Rechtsprechung schafft leider keine Rechtssicherheit bezüglich des maßgeblichen Zeitpunkts für eine Unterrichtung der Gewerkschaft durch den Arbeitgeberverband bzw. den einzelnen Arbeitgeber.[174] Die Bestimmung der Rechtzeitigkeit der Informationsobliegenheit wirkt sich dabei in bedeutsamer Hinsicht aus. So erhält sie wesentlich mehr Durchschlagskraft, wenn sie zu einem frühen Zeitpunkt erfolgt, weil in diesem Fall die Veränderungen des Mitgliederbestandes als neue Vertragskomponente noch aktiv in die Verhandlungen einfließen können. Das Gericht verhält sich auch in dieser Frage nicht eindeutig. Es führt zum einen aus, dass die Gewerkschaft darüber zu entscheiden habe, „ob sich durch den Statuswechsel die Verhandlungssituation und die Rahmenbedingungen für den geplanten Abschluss geändert haben".[175] Andererseits sei der wesentliche sachliche An-

---

[170] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 896).

[171] So auch *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 234; *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 893).

[172] BAGE 127, 27 (47 Rn. 67).

[173] BAGE 127, 27 (47 Rn. 67).

[174] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 235; *H.J. Willemsen/C. Mehrens*, NJW 2009, 1916 (1919); *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 620f.); *P.R. Melot de Beauregard*, ZTR 2009, 514 (516).

[175] BAGE 127, 27 (46f. Rn. 66).

haltspunkt zur Bestimmung des Zeitpunkts der Informationsobliegenheit, dass die Gewerkschaft in die Lage versetzt werden solle, „auf den Statuswechsel des Verbandsmitglieds mit Wirkung für den vor dem Abschluss stehenden Tarifvertrag zu reagieren“.[176] Der Unterschied zwischen diesen beiden Anhaltspunkten zur Bestimmung der Rechtzeitigkeit der Informationsobliegenheit ist enorm.[177] Es stellt sich somit die Frage, ob es auf ein „informiertes Verhandeln“ oder nur ein „informiertes Entscheiden“ ankommt.[178]

Vorgebracht wird auch noch, dass fraglich sei, was unter dem Beginn der Tarifvertragsverhandlungen zu verstehen ist.[179] Jedoch ist diese Unsicherheit zu beseitigen, indem der Beginn auf die ersten Gesprächen zum neuen Tarifvertrag terminiert wird.

Im Ergebnis bestehen somit rechtliche Unsicherheiten bezüglich der Frage der Rechtzeitigkeit der Informationsobliegenheit, welche aufgrund des Bedürfnisses nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit auszubessern sind.

(2) Beurteilung der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie – Selbstdiagnoserecht der Gewerkschaft?

Die Beurteilung der Frage, ob die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch den Blitzwechsel oder Blitzaustritt gefährdet worden ist, steht laut Rechtsprechung der Gewerkschaft zu.[180] Das BAG billigt somit der verhandelnden Gewerkschaft zu, „das Gewicht der Änderung im Mitgliederbestand selbst zu prüfen“ sowie über eventuelle Beeinträchtigungen der Tarifautonomie selbst entscheiden zu können.[181] Eine Beurteilungsprärogative der Gewerkschaft ist aber abzulehnen,[182] denn durch dieses „Selbstdiagnoserecht“ [183] würde die Gewerkschaft in die Lage versetzt zu entscheiden, ob sie sich durch den Blitzaustritt oder -wechsel gestört fühle und deshalb ein solches Statusgeschäft zur Tarifgebundenheit oder Tarifentledigung führe.[184] Dies würde wiederum zu einem Ungleichgewicht zwischen den Tarifparteien führen.

---

[176] BAGE 127, 27 (48 Rn. 69).

[177] Siehe hierzu *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 620ff.).

[178] *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 620ff.).

[179] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 235.

[180] BAGE 127, 27 (46f. Rn. 66).

[181] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 236; *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 567).

[182] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 574): „Es kann der Gewerkschaft nicht überlassen bleiben, ob sie die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie als gestört ansieht.“

[183] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 236.

[184] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 236.

(3) Inhaber und Adressat(enkreis) der Informationsobliegenheit

Das BAG wird insbesondere auch bezüglich seiner ungenauen Formulierung der Passivlegitimation des Informationsanspruchs kritisiert.[185] Aus den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts ist nicht ersichtlich, ob der Informationsfluss auf der Ebene der Kollektivverbände geschuldet ist oder ob auch das einzelne Verbandsmitglied eine Mitteilungsobliegenheit trägt, d.h. ob der Arbeitgeberverband der Gewerkschaft oder der einzelne Arbeitgeber den Blitzaustritt oder Blitzwechsel mitteilen muss.[186] Diese Modalität der Informationsobliegenheit ist aber gerade im Hinblick auf das Streben nach Kräftegleichgewicht zwischen den Tarifparteien eindeutig festzusetzen. Die Aspekte des Inhabers und Adressaten der Informationsobliegenheit sind daher noch zu konkretisieren. Darauf werde ich noch zurückkommen.

dd. Beeinträchtigung anderer Grundrechtspositionen und Paritätsverschiebung

Die Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit hat nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ihre Grenze im objektiven Gehalt des Art. 9 Abs. 3 GG, d.h. die Ausgestaltung darf die Verhandlungsparität zwischen den Vertragsseiten nicht beeinträchtigen.[187]

Da Satzungen in Arbeitgeberverbänden weiterhin sehr kurze vereinsrechtliche Mitgliedschaftsbeendigungsfristen vorsehen sowie Arbeitgeberverbände privatautonom Aufhebungsverträge hinsichtlich der Beendigung der Mitgliedschaft mit ihren Verbandsmitgliedern schließen können, wird weder die Parität zwischen den Vertragsseiten verschoben noch deren Verhandlungsfähigkeit gemindert. Somit können Arbeitgeber ihre T-Mitgliedschaft, im Einvernehmen mit ihrem Verband, nahezu umgehend beenden und von ihrer negativen Koalitionsfreiheit auch während der Tarifverhandlungen Gebrauch machen; allerdings nun mit dem Unterschied einer (möglichen) erforderlichen Information an die betroffene Gewerkschaft. Damit sind sowohl Arbeitgeberverbände als auch deren Verbandsmitglieder weiterhin flexibel.

Die Informationsobliegenheit führt auch nicht zu einer „bedenklichen Relativierung der vorbehaltlos gewährleisteten Koalitionsfreiheit“, denn die Informationsobliegenheit soll nicht die Koalitionsfreiheit bzw. Satzungsautonomie des Arbeitgeberverbands gegenüber der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft relativie-

---

[185] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 894ff.); *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 241.

[186] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 1 Rn. 1007.

[187] *T. Dieterich*, RdA 2002, 1 (11): „Er [Der Gesetzgeber] muss ein koordinierendes oder systemförderndes Ziel verfolgen und darf zu diesem Zweck nicht einzelne Rechtspositionen unverhältnismäßig schmälern oder gar die Parität der Tarifvertragsparteien verfälschen. Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems darf nicht gefährdet werden.“

ren.[188] Vielmehr werden die Satzungsautonomie des Arbeitgeberverbands und die negative Koalitionsfreiheit des Verbandsmitglieds durch die richterliche Rechtsfortbildung aufgrund des Tarifverfahrens für die Zeit während Tarifverhandlungen konkretisiert.

Ohne jeden Zweifel ist die Informationsobliegenheit auch zumindest eine „eindämmende Modifikation" der kollektiven Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbands und der negativen Koalitionsfreiheit des austritts- bzw. wechselwilligen Arbeitgebers: Für den Arbeitgeberverband bedeutet sie, dass er während der Tarifvertragsverhandlungen darauf achten muss, etwaige Veränderungen im Mitgliederbestand der Gewerkschaft anzuzeigen. Für das einzelne Verbandsmitglied, welches sich mit dem Arbeitgeberverband auf einen Blitzaustritt oder Blitzwechsel geeinigt hat, bedeutet die Informationsobliegenheit, dass auch er darauf achten muss, dass die Gewerkschaft über sein Vorhaben benachrichtigt wird, da er ansonsten nicht der Tarifbindung entgehen kann. Zugleich sei aber festgehalten, dass das BAG in seinen Entscheidungen weder das Ende der Satzungsautonomie des Arbeitgeberverbandes noch das Ende der negativen Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber postuliert.

Daher stellt die neue, lediglich auf Richterrecht basierende Mitteilungspflicht auch keinen gravierenden Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit des austretenden bzw. des in die OT- Mitgliedschaft wechselnden Arbeitgebers und die Satzungsautonomie des Verbandes dar.[189]

b. Zwischenergebnis: Informationsobliegenheit als verfassungsgemäße Ausgestaltung trotz Konkretisierungsbedarfs

Folglich ist die richterrechtliche Informationsobliegenheit eine zulässige Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit bzw. des Tarifverfahrens. Durch die Informationsobliegenheit sollen und werden mögliche Beeinträchtigungen durch vorenthaltene Blitzaustritte und Blitzwechsel des Verhandlungsgleichgewichts zwischen den Vertragsseiten ausbalanciert. Dem Vertragspartner der Gewerkschaft bleibt auch nach Einführung der Informationsobliegenheit die Möglichkeit belassen, mit seinen Mitgliedern auch während Tarifverhandlungen die Vollmitgliedschaft kurzfristig zu einvernehmlich zu beenden. Beiden Vertragsseiten bleibt durch die Informationsobliegenheit ihre Tarifautonomie als Bereich ihrer eigenverantwortlichen Gestaltung erhalten. Zudem werden die Wertungen des einfachen Rechts

---

[188] *D. Hensche*, NZA 2009, 815 (820).

[189] *J. Treber*, in: Schaub-ArbHdb, § 205 Rn. 35: „Entgegen der erhobenen Kritik wird die negative Koalitionsfreiheit durch die aufrechterhaltene Tarifgebundenheit allenfalls mittelbar beeinträchtigt und kann durch Erfüllung der Informationsobliegenheit vermieden werden." A. A.: *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (103ff.), sie sehen eine erhebliche Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbandes auch darin, dass gegen den Arbeitgeberverband Schadensersatzansprüche von ehemaligen Verbandsmitgliedern erhoben werden könnten, falls er es unterlässt, der Gewerkschaft den Austritt anzuzeigen.

beachtet und auch die Grenze des objektivrechtlichen Gehaltes der Koalitionsfreiheit nicht überschritten.

Nichtsdestoweniger ist festzustellen, dass die Informationsobliegenheit in ihrer durch die Rechtsprechung skizzierten Art und Weise teilweise unpräzise ist.[190] Hierdurch büßt das vom BAG entwickelte Transparenzgebot bedauerlicherweise an Überzeugungskraft ein, weil bislang die Einzelheiten der Anzeigeobliegenheit nicht geklärt sind.[191] Den Kritikern[192] ist somit vor allem hinsichtlich der dürftigen Konkretisierung der Informationsobliegenheit insbesondere in Bezug auf die Parameter, anhand derer im Falle von Blitzaustritt und Blitzwechsel die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit festgestellt werden kann, zuzustimmen. Zwar kann die mangelnde Konkretisierung bezüglich der Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sicherlich zu einem gewissen Maße auf die Bindung des Richters an die konkrete Rechtsfrage zurückgeführt werden. Um Rechtsklarheit zu schaffen, ist aber eine Konkretisierung des Tatbestandes der Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie wünschenswert. Denn nur eine stärkere Ausformung vermag das Tarifsystem grundlegend zu stabilisieren und seine Kritiker zu überzeugen.

---

[190] Ähnlich *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 620f.).

[191] Ebenso *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 566); *H.J. Willemsen/C. Mehrens*, NZA 2013, 79 (80).

[192] Beispielsweise: *J.-H. Bauer/K. Haussmann*, RdA 2009, 99 (104ff., 106); Ähnliches Credo kurze Zeit später bei: *H.J. Willemsen/C. Mehrens*, NJW 2009, 1918ff.

D. Bedingungen der richterlich entwickelten Informationsobliegenheit

Die Informationsobliegenheit soll dazu dienen, die „Spielregeln“[1] der Tarifvertragsverhandlungen durch die Rechtsordnung zu konkretisieren. Denn Kern der Tarifautonomie ist die Erlangung von (Vertrags)Gerechtigkeit durch die Ausgestaltung eines Verfahrens, das durch Verhandeln auf Augenhöhe die Disparität der Parteien kompensiert.[2]

Wann genau vom Tatbestand der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit auszugehen ist und wie die Informationsobliegenheit zu determinieren ist, um eine möglichst überzeugende Lösung darzustellen, gilt es im Folgenden zu klären.

I. Tatbestand der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit und Konkretisierung des Grundsatzes des Vertrauens auf den Mitgliederbestand

Fluchtpunkt der Überlegungen ist die Frage, wann das Koalitionsverfahren zur Erlangung sozial angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbestimmungen durch vorenthaltene Blitzaustritte oder Blitzwechsel so stark beeinträchtigt wird, dass das erforderliche, annähernde Kräftegleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien nicht mehr besteht und dadurch das gesamte Tarifvertragssystem gestört wird.

Die Frage, wann die Gewerkschaft auf den Mitgliederbestand des gegnerischen Arbeitgeberverbands vertrauen darf, ist folglich nur ein Teilaspekt des Problems um kurzfristige Beendigungen der Vollmitgliedschaft aus Arbeitgeberverbänden bzw. die dadurch hervorgerufene Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Denn vielmehr als um die Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft geht es, wie festgestellt, um die aus diesen Beendigungsformen resultierende Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragsseiten, welche die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie stört.

1. *Paritätsverschiebung durch vorenthaltenen Blitzwechsel oder Blitzaustritt wegen Beeinträchtigung der Angemessenheit der Tarifverträge*

Selbst manche Kritiker der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts pflichten ihm insofern bei, als dass es erhebliche Vorgänge gibt, auf die sich die Gewerk-

[1] *K.-H. Ladeur*, AöR 2006, 643 (651).

[2] Knapp und prägnant bei: *F. Rödl,* Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück, S. 81 (S. 88, 92ff.); *C.-W. Canaris*, AcP 2000, 273 (295); *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 615, S. 615 Fn. 50).

schaft „entsprechend einstellen können muss".[3] So gestehen *M. Jacobs* und *C. Krois* beim Blitzwechsel koalitionsrechtliche Bedenken ein.[4] Es wird die Parallele zwischen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Arbeitgeberverbänden mit OT-Mitgliedschaften und dem Blitzwechsel gezogen.[5] Gehe man davon aus, dass der Gleichlauf von Verantwortlichkeit für einen bestimmten Tarifvertrag und die Betroffenheit von seiner Tarifgeltung zu einer Angemessenheits(vermutung) des Tarifvertrages führten, so dürfe ein „Arbeitgeber, der seinen ordentlichen Austritt oder Wechsel bereits wirksam erklärt [habe], […] nicht mehr mitentscheiden, wenn es um einen Tarifvertrag geh[e], der ihn nicht mehr betreffen [werde]."[6] In diesem Fall müsse dem austretenden oder übertretenden Verbandsmitglied das Stimmrecht verwehrt werden.[7]

Dieses Eingeständnis zeigt zumindest, dass auch Kritiker anerkennen, dass die Angemessenheit des Tarifvertragsergebnisses in Fällen von Blitzaustritt und Blitzwechsel beeinträchtigt werden kann.

Doch genauso wie im Falle des Blitzwechsels der Gleichlauf zwischen Verantwortlichkeit und Betroffenheit zur Angemessenheitsvermutung des Tarifergebnisses führt, so muss auch im Falle eines Blitzaustritts sichergestellt werden, dass die Unternehmen, welche an den Tarifverhandlungen und am Meinungsbildungsprozess für die Tarifforderungen beteiligt waren, auch von den durch sie mitinitiierten und mitgetragenen Tarifergebnissen betroffen sind. Denn auch in letzterem Fall führt die Unkenntnis der Gewerkschaft über die mangelnde Tarifbindung eines Arbeitgebers dazu, dass ein Tarifergebnis erzielt wird, welches nicht auf der Grundlage der bewusst ausgeübten Tarifautonomie beider Tarifvertragsparteien basiert, da die Freiheit, einen Tarifvertrag zu schließen, nur dann interessen- und sachgerecht ausgeübt werden kann, wenn die Kenntnis über seine Tarifgeltung vorliegt.

Folglich muss die Gewerkschaft beispielsweise darauf vertrauen können, dass diejenigen Unternehmen, welche aktiv am Verhandlungstisch der Tarifvertragspar-

---

[3] *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 308f.).

[4] *M. Jacobs/C. Krois*, Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 555 (S. 568f.).

[5] *M. Jacobs/C. Krois*, Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 555 (S. 569).

[6] *M. Jacobs/C. Krois*, Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 555 (S. 569).

[7] *M. Jacobs/C. Krois*, Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 555 (S. 569): „Sobald es [ein austrittswilliges oder in die OT-Mitgliedschaft wechselwilliges Verbandsmitglied] jedoch abschließend – das heißt mit Außenwirkung des Beschlusses gegenüber der Gewerkschaft – über den Tarifabschluss entschieden hat, darf sich ein Vollmitglied dem von ihm mitgestalteten Tarifvertrag nicht mehr im Wege des Blitzaustritts oder Blitzwechsels entziehen." Ähnlich wohl auch *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (105).

teien[8] sitzen, auch vom Tarifvertrag betroffen sein werden. Schließlich muss die Gewerkschaft darauf vertrauen können, dass die Unternehmen, welche zu Beginn der Tarifrunde und für die Gewerkschaft offensichtlich im Arbeitgeberverband organisiert sind, auch von der Tarifbindung des zu verhandelnden Tarifvertrages erfasst werden.

Somit hat die Gewerkschaft einen Informationsanspruch, wenn während der Tarifrunde Anhaltspunkte dafür vorliegen, „dass ein OT-Mitglied satzungswidrig am Tarifgeschehen teilnimmt" bzw. teilgenommen hat, aber sodann vereinsrechtlich aus dem Arbeitgeberverband ausgetreten ist.[9] Dies ist zwar besonders augenfällig bei einem Blitzwechsel, muss aber wegen der gleichen Wirkung genauso für den Blitzaustritt gelten.

2. *Paritätsverschiebung bei prominenter Rolle eines blitzartig austretenden oder wechselnden Unternehmens wegen Veränderung der Verhandlungsgrundlage*

Aufgrund der Tatsache, dass nicht die Vorstellung der Gewerkschaft über den Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbands generell geschützt ist, sondern die Schutzwürdigkeit von den Umständen des Einzelfalls insbesondere ab Beginn der Tarifrunde abhängt, wird vorgeschlagen, die Unterrichtungsobliegenheit vom „Gewicht der Veränderung" abhängig zu machen.[10] Durch den blitzartigen Austritt oder Wechsel in die OT-Mitgliedschaft eines besonders bedeutsamen Verbandsmitglieds kann die Verhandlungsgrundlage der Gewerkschaft empfindlich getroffen werden, da sich die Verhandlungsstrategie der Gewerkschaft vor allem an mitgliederstarken Unternehmen im Arbeitgeberverband orientiert. Wie das BAG aber zu Recht ausführt, kann sich die Bedeutsamkeit der Unternehmen neben ihrer Größe, bzw. Belegschaftsstärke, und Wirtschaftskraft auch aus ihrer langjährigen Verbundenheit zum Arbeitgeberverband, der Verflechtung mit anderen Unternehmen oder dem persönlichen Einfluss des Unternehmensrepräsentanten ergeben.[11] Außerdem wird für dominierende Unternehmen, welche stets Aushängeschild des Arbeitgeberverbandes sind, ein Vertrauenstatbestand gesetzt, wenn sie auch zu Beginn der Tarifrunde den Verband repräsentieren.[12] Somit kann die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch Paritätsverschiebungen in

[8] So im Ansatz auch *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (308f.), der allerdings eine Informationspflicht hinsichtlich „dominierender Unternehmen oder aktiv verhandelnder Arbeitgeber" im Verhältnis zu dem Großteil der anderen Mitglieder des Arbeitgeberverbandes für überzogen hält (S. 309).

[9] *M. Ahrendt*, RdA 2010, 345 (351).

[10] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 896).

[11] BAGE 127, 27 (46f. Rn. 66).

[12] *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (308f.).

Form von blitzartig austretenden bzw. wechselnden Arbeitgebern, die im Verband eine besondere Stellung hatten, gestört werden, da sie einen Vertrauenstatbestand setzten.[13]

Folglich ist es legitim, seitens der Gewerkschaft darauf zu vertrauen, dass solche Unternehmen, die bei Beginn der Tarifrunde sichtbar tarifgebundenes Mitglied im Verband waren, auch von der Tarifbindung des neuen Tarifvertrages erfasst werden.

3. Paritätsverschiebung bei missbräuchlichem Blitzaustritt oder Blitzwechsel

Neben den dargestellten Paritätsverschiebungen ist die Möglichkeit einer Paritätsverschiebung durch bewusst missbräuchlichen Umgang mit Blitzaustritten und Blitzwechseln zu untersuchen. *C. Höpfner*, der die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hinsichtlich der Informationsobliegenheit stark kritisiert, spricht sich dafür aus, dass eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ausnahmsweise vorliege, „wenn der Verband oder ein Großteil seiner Mitglieder rechtsmissbräuchlich zur Schädigung der Gegenseite agier[e]".[14] Zwar bleibt er genaue Ausführungen zur Missbrauchsschwelle oder gar zu möglicherweise für die Gewerkschaften auftretenden Beweisschwierigkeiten schuldig. Dennoch verdient der Aspekt der von ihm vertretenen Missbrauchskontrolle insoweit Zustimmung, als dass der Rechtsmissbrauch im Falle von Blitzaustritten und Blitzwechseln ebenso zur Beeinträchtigung der Gewerkschaft und zur Demontage des Koalitionssystems führt.

In eine ähnliche Richtung zielt *N. Besgens* Vorschlag. Er ist der Auffassung, dass kurzfristige Austritte aus dem Arbeitgeberverband und Übertritte in die OT-Mitgliedschaft grundsätzlich hinzunehmen seien, da dies den Arbeitgebern durch die Koalitionsfreiheit garantiert werde.[15] Fälle des groben Missbrauchs, könnten über das Verbot des venire contra factum proprium nach § 242 BGB gelöst werden.[16]

Werden Blitzaustritt und Blitzwechsel dazu eingesetzt, als Druckmittel bei Verhandlungen um einen Tarifabschluss zu fungieren oder absichtlich die Verhandlungsstrategie zu sabotieren, um die Gewerkschaftsstrategie zu schwächen bzw. zu einem Tarifabschluss zu bringen, so werden die Funktionsbedingungen für ein faires Tarifverfahren gestört und die Rechtsordnung muss dagegen einschreiten.

[13] Vgl. *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (284).

[14] *C. Höpfner*, ZfA 2009, 541 (570).

[15] *N. Besgen*, Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung – Tarifflucht statt Verbandsflucht, S. 50.

[16] *N. Besgen*, Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung – Tarifflucht statt Verbandsflucht, S. 50.

4. *Zwischenergebnis: Paritätsverschiebung nach Maßgabe einer Einzelfallprüfung*

Wenn die Gewerkschaft berechtigterweise, d.h. aufgrund eines gesetzten Vertrauenstatbestandes, und zugleich fälschlich von einem anderen Mitgliederbestand ausging und danach auch ihre Verhandlungsstrategie ausrichtete, so wird die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt, wenn sie bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände ihre Koalitionsfreiheit anders ausgeübt hätte.

Die Beurteilung einer Beeinträchtigung für die Ausübung der Koalitionsfreiheit gilt es aber stets auch von der Relevanz des austretenden oder wechselwilligen Arbeitgebers im Arbeitgeberverband abhängig zu machen. Die entwickelten Fallgruppen sind lediglich normativ abstrakte Hilfsinstrumente, die ein schützenswertes Vertrauen auf den Mitgliederbestand der Gewerkschaft und eine Störung der Funktionsfähigkeit bei verschwiegener Änderung im Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbandes indizieren. Es bleibt letztlich stets von den Umständen des Einzelfalls abhängig, ob der Tatbestand der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erfüllt ist, d.h. die Beeinträchtigungen durch die vorenthaltenen Veränderungen im Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbands so groß sind, dass ein Verhandeln mit annähernd gleich starkem Einfluss auf das Tarifergebnis nicht möglich war.

II. Modalitäten der Informationsobliegenheit

Weiter gilt es die Informationsobliegenheit zu präzisieren.

1. *Zeitpunkt bzw. Rechtzeitigkeit der Information*

Es ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass Art. 9 Abs. 3 GG einen Fall der Verfahrensgerechtigkeit[17] darstellt. Somit muss die Information an die Gewerkschaft zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem „informiertes Verhandeln" möglich ist. Im Ergebnis kann es nur darum gehen, dass das (informationelle) Gleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien während der Verhandlung um den neuen Tarifvertrag gewährleistet ist. Sicherlich kann eine Gewerkschaft ebenso nach langer Verhandlungszeit vor die Wahl gestellt werden, einen Tarifabschluss aufgrund der mit der Unterzeichnung des Tarifvertrages verbundenen „entsprechend terminierten Austrittserklärungen" abzulehnen oder doch zu unterzeichnen.[18] Jedoch begründet nur informiertes Verhandeln die Richtigkeitsvermutung der Verträge. Überdies müsste dann die Gewerkschaft erneut beginnen, ein Meinungsbildungsverfahren innerhalb der Verbände sowie eine vollständig neue Verhandlungsstrategie zu entwerfen, welche nun auf die neue Situation angepasst wäre. Dies wäre aber in Anbetracht der Tatsache, dass es sich bei Gewerkschaften

[17] *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 615 Fn. 50).

[18] *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 621).

um Massengruppierungen handelt, stets mit einem hohen Organisationsaufwand verbunden.[19] Der Aspekt der Rechtzeitigkeit birgt nach wie vor Unsicherheiten. Denn wann zu unterrichten ist, bleibt stets eine Frage des Einzelfalls, da sich je nach Fall ergibt, wann die Gewerkschaft noch informiert verhandeln, d.h. die kurzfristigen Mitgliedschaftsbeendigungen in ihre Verhandlungsführung integrieren kann. *P.R. Melot de Beauregard* schlägt somit zu Recht vor, „eine Informationspflicht der Arbeitgeberverbände sowie des einzelnen Mitglieds gegenüber der verhandelnden Gewerkschaft ab Aufnahme von Tarifverhandlungen" zu fordern.[20] Der Beginn der Tarifvertragsverhandlungen[21] ist auf die ersten Gespräche zum neuen Tarifvertrag zu terminieren. Da noch keine nähere Präzisierung des Zeitpunkts der Mitteilungspflicht vorliegt, ist eine frühzeitige Benachrichtigung[22] zu empfehlen.

2. Beurteilungshoheit über Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie

Weiter ist erforderlich, dass die Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht durch die verhandelnde Gewerkschaft festzustellen ist, sondern aufgrund der zu wahrenden Objektivität durch das zuständige Gericht. Die Frage, ob ein blitzartiger Austritt aus der Vollmitgliedschaft oder der blitzartige Wechsel in die OT-Mitgliedschaft während der Tarifverhandlungen zur Beendigung der Tarifbindung führt, ist eine Rechtsfrage und daher von den Arbeitsgerichten zu entscheiden.[23] Denn die Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie muss objektiv erkennbar sein und nicht nachträglich festgestellt werden.[24] Die Gewerkschaft trägt aber die Beweislast, d.h. sie muss darstellen, weshalb sie durch die vorenthaltenen, kurzfristigen Austritte und Wechsel der Verbandsmitglieder in ihrer Koalitionsfreiheit beeinträchtigt wurde. Die Beurteilung der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie darf somit nicht, wie von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts angenommen, der Gewerkschaft obliegen,[25] sondern muss vielmehr objektiv durch ein Gericht erfolgen.[26]

---

[19] *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 621); *H. Brecht-Heitzmann/M. Gröls*, Anm. zu BAG, Urteil vom 20.02.2008 – 4 AZR 64/07, EzA GG Art. 9 Nr. 94 (Bl. 24); siehe auch ähnlich *W. Müller-Jentsch*, Soziologie der industriellen Beziehungen, S. 138ff.

[20] *P.R. Melot de Beauregard*, ZTR 2009, 514 (517).

[21] Siehe hierzu *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 235, welche in Bezug auf die Informationsobliegenheit kritisieren, dass der Beginn der Tarifverhandlungen unklar sei.

[22] Vgl. *O. Kramp*, BB 2009, 392 (392).

[23] *C. Höpfner*, ZfA 2009, 541 (573).

[24] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 574).

[25] BAGE 127, 27 (46f. Rn. 66).

[26] *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 559 (S. 574): „Es kann der Gewerkschaft nicht überlassen bleiben, ob sie die Funktionsfähig-

3. *Adressat der Informationsobliegenheit*

Ungenau sind auch die Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts hinsichtlich des Inhabers und des Adressaten der Informationsobliegenheit. *H. Wiedemann* plädiert für eine Informationspflicht lediglich des Arbeitgeberverbandes im Gegensatz zur Informationspflicht beider – des Arbeitgeberverbandes und des einzelnen Verbandsmitglieds.[27] Aufgrund der Natur der Informationsobliegenheit als balancestiftendes Instrument innerhalb der Beziehung zwischen den Kollektivverbänden kann hinreichend plausibilisiert werden, dass ein Informationsanspruch der Gewerkschaft gegenüber dem Arbeitgeberverband besteht. Denn wie oben dargestellt, besteht in bestimmten Situationen ein Anspruch auf die Mitteilung der Änderung des Mitgliederbestandes des Arbeitgeberverbandes, wenn die Gewerkschaft auf eine bestimmte Zusammensetzung vertrauen durfte. Eine Mitteilungspflicht des einzelnen Arbeitgebers, der kurzfristig aus dem Arbeitgeberverband austritt und die Gewerkschaft darüber in Kenntnis setzen muss, ist allerdings wesentlich schwieriger zu konzipieren, da keine unmittelbare rechtliche Beziehung zwischen Verbandsmitglied des Arbeitgeberverbandes und verhandelnder Gewerkschaft besteht.[28]

Problematisch an der Lösung des Bundesarbeitsgerichts erscheint zwar der Umstand, dass einerseits das Verbandsmitglied nicht Adressat der Informationsobliegenheit ist,[29] die Informationsobliegenheit aber andererseits das einzelne Verbandsmitglied von einer Tarifbindung erfasst, wenn eine Information über die Veränderung der Mitgliederstruktur im Arbeitgeberverband an die Gewerkschaft unterblieben ist.[30] Dennoch ist das Auseinanderfallen von Tatbestand und Rechtsfolge im Hinblick auf die Systematik des Kollektivsystems vereinbar und folgerichtig, da Tarifvertragsrecht stets „Vertragsrecht für andere“[31] ist.

> *„Denn im Kollektivvertragssystem nehmen die Kollektivvertragsparteien rechtsgeschäftliche Kompetenzen der Arbeitsvertragsparteien auf – der Tarifvertrag ist kollektiver Arbeitsvertrag; die Mitgliedschaft Delegation von Vertragskompetenzen. Dass das delegierende Individuum (Arbeitgeber oder Arbeitnehmer) für Fehler des für ihn handelnden Kollektives eintreten muss, ließe sich konstruktiv mit dem Rechtsgedanken des § 278*

keit der Tarifautonomie als gestört ansieht.“; *C. Höpfner*, ZfA 2009, 541 (561); *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 236.

[27] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 899): „Systemgerecht wäre es, beim Blitzaustritt im Verhandlungsstadium als milderes Mittel lediglich eine Informationspflicht des Arbeitgeberverbandes zu begründen.“

[28] Ähnlich *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 894ff.).

[29] *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (284).

[30] *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (284).

[31] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 894).

> *BGB begründen. In § 2 Abs. 4 TVG ist solches bereits für die Delegation von Tarifmacht vom Mitglieds- auf den Spitzenverband vorgesehen.“*[32]

Letztlich ist auch angebracht, dass die Informationsobliegenheit auf kollektivrechtlicher Ebene geschuldet ist, weil das Schutzgut die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist. In praktischer Hinsicht ist kurzfristig austretenden oder in die OT-Mitgliedschaft wechselnden Arbeitgebern allerdings zu raten, sicherheitshalber eigens die Gewerkschaft über das kurzfristige Ende der Vollmitgliedschaft in Kenntnis zu setzen, da sie ansonsten Gefahr laufen, dass sie sich nicht von der Tarifbindung lösen können.

III. Zwischenergebnis: Informationsobliegenheit als Ausdruck fairer Tarifverhandlungen

Nicht nur die Überzeugungskraft, sondern auch die Effektivität der richterlich entwickelten Informationsobliegenheit des Bundesarbeitsgerichts hängen maßgeblich von der Bestimmung ihrer Einzelheiten ab.

Nur wenn die Parameter zur Bestimmung der Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie feststehen, liegt Rechtssicherheit vor. Evidente Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit können sich somit daraus ergeben, dass die Veränderungen im Mitgliederbestand von den Vorstellungen der Gewerkschaft so verschieden sind, dass davon auszugehen ist, dass die Gewerkschaft ihre Tarifautonomie bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände anders ausgeübt hätte. Je nachdem, welche Rolle das austretende oder in die OT-Mitgliedschaft wechselnde Verbandsmitglied für den Arbeitgeberverband und die Tarifrunde spielt, wird die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie stärker oder weniger stark beeinträchtigt, weil ein annäherndes Kräftegleichgewicht zu den Funktionsvoraussetzungen des Tarifsystems gehört.

Und auch nur wenn die Information an die Gewerkschaft rechtzeitig erfolgt, also rechtzeitig im Sinne eines informierten Verhandelns, kann die Gewerkschaft eine neue Verhandlungsstrategie unter Zugrundelegung der Tatsachenlage konzipieren, welche die Interessen der Mitglieder der Gewerkschaft angemessen in die Verhandlung einfließen lässt. Die Mitteilung muss also in der Weise erfolgen, dass die Gewerkschaft auf die Paritätsverschiebung reagieren kann, um angemessene Tarifergebnisse zu erzielen. Die vorhandene, berechtigte Vorstellung der Gewerkschaft über den Arbeitgeberverband bedingt die Präzisierung des Inhalts der Information. Grundsätzlich gilt, je schützenswerter das Vertrauen auf eine bestimmte Zusammensetzung des Arbeitgeberverbandes der Gewerkschaft war, desto präziser müssen auch die Informationen zu den kurzfristigen Austritten oder Wechseln in OT-Mitgliedschaft sein, da sich die Gewerkschaft ein neues Bild von den Tarifverhandlungen machen können muss.

---

[32] *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (284).

Durch die richterliche Ausgestaltung wurde zwar eine verfassungsgemäße Lösung für die Problematik von Blitzaustritten und Blitzwechseln im Rahmen der Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien gefunden, die jedoch noch erheblichen Konkretisierungsbedarf aufweist.

E. Zusammenfassung der Problematik

Verfassungsrechtliches Problem beider Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts ist die übergeordnete Frage, was die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ausmacht und inwiefern das Verhalten der am Tarifverfahren Beteiligten dazu führen kann, dass diese gestört wird bzw. wie ihre Zusammenarbeit ausgestaltet werden muss.

Das BAG gestaltet das Tarifverfahren als Methode unter annähernd Gleichberechtigten zur Schaffung sozial amgemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Zur annähernden Gleichberechtigung der Tarifpartner gehört auch die informationelle und bewusste Entscheidung bei Tarifverhandlungen. Durch die Festlegung der Anforderungen an das Tarifverfahren wurde der erste Schritt zur Verrechtlichung der Bedingungen eines Tarifverhandlungsverfahrens gemacht.[1] Dabei wird leider durch das BAG versäumt zu thematisieren, ob das bisherige Vereinsrecht und Tarifrecht aufgrund der neuen Rechtsprechung zu ergänzen oder zu ändern sind.[2]

Summa summarum können die genannten Leitentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zu Blitzaustritten und Blitzwechseln als Versuche gesehen werden, die Funktionsbedingungen für ein faires, von der Koalitionsfreiheit intendiertes Verfahren der Tarifvertragsfindung, festzulegen.[3] Intention des Bundesarbeitsgerichts war es, einen „Fairplay“[4]-Kodex zwischen den Tarifvertragsparteien zu etablieren. Dabei wurde das Tarifrecht hinsichtlich der Bestimmungen des Tarifverhandlungsgeschehens jenseits der kämpferischen Sphäre von Streik und Aussperrung weiterentwickelt. Überdies wird oftmals übersehen, dass sich dieses Fairplay-Gebot für Gewerkschaft und Arbeitgeberverband auszahlt: Die Gewerkschaft kann für ihre Mitglieder eine sachgerechte Verhandlungsstrategie führen und der Arbeitgeberverband kann seinen Mitgliedern anbieten, auch kurzfristig während laufender Tarifverhandlungen auszutreten oder in die OT-Mitgliedschaft

[1] *R. Krause* bemängelt trotz weitgehender Übereinstimmung mit dem BAG, dass das BAG sich mit seiner Rechtsprechung leider nicht ausdrücklich von der bisher zwischen Vereinsrecht und Tarifbindung geltenden Parallelität abgrenzt, indem es eine koalitionsrechtliche Überlagerung des Vereinsrechts und somit des Verbandsrechts ausspricht; *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 616).

[2] Ähnlich *R. Krause*, „Blitzaustritt“ und „Blitzwechsel“ von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 616).

[3] In diese Richtung *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 889ff.).

[4] *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 313).

zu wechseln, sofern dies der Gewerkschaft rechtzeitg bekannt gemacht wird. Somit wird letztlich die Verhandlungsposition beider gestärkt.[5]

Folglich kann es zur Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien bei Tarifverhandlungen gehören, dass die Gewerkschaft über Veränderungen des Mitgliederbestandes des Arbeitgeberverbandes in Kenntnis gesetzt werden muss, wenn ansonsten die Funktionsvoraussetzungen des Tarifverfahrens beeinträchtigt werden.

[5] So auch *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 313).

Fünftes Kapitel.
Ist das Transparenzgebot die „beste“ Lösung des Problems?
Alternativen zur bundesarbeitsgerichtlichen Informationsobliegenheit

Im Rahmen der Diskussion um Tarifflucht sowie der Diskussion um Blitzaustritte und Blitzwechsel wurden alternative Lösungsansätze zur Informationsobliegenheit vorgeschlagen, die es im Folgenden zu beleuchten gilt.

A. Lösungsansätze vor den Blitzaustritt- und Blitzwechsel-Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts

Koalitionsverfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich fristloser Beendigungen der Mitgliedschaften aus Arbeitgeberverbänden wurden bereits lange vor der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Blitzaustritt und Blitzwechsel im Rahmen der Diskussion um die Zulässigkeit von OT-Mitgliedschaften geäußert.[1] Im Zuge dieser Diskussion wurden unterschiedliche Lösungsansätze dargelegt. Diese Lösungsansätze, welche bereits vor der Diskussion um die Leitentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zu Blitzaustritt und Blitzwechsel entwickelt wurden, gilt es mit der bundesarbeitsgerichtlichen Informationsobliegenheit zu vergleichen.

I. Lösung anhand Satzungsmäßigkeit der Aufhebungsverträge

H. Planders[2] Lösungsansatz versucht das Problem der Tarifflucht dadurch zu bewältigen, dass er ausgehend von der Satzungsmäßigkeit der gewählten Beendigungsform[3] auf die Wirksamkeit des Austritts und der Tarifungebundenheit schließt. Er widmet sich dabei insbesondere der Beendigung der Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband durch Aufhebungsvertrag des Arbeitgeberverbandsmitgliedes mit dem Arbeitgeberverband.[4]

Er zieht den Schluss, dass Arbeitgeberverbandssatzungen, welche „außer dem Ausschluss aus dem Verband lediglich den einseitigen Austritt des Mitgliedes anführen und dafür eine Kündigungsfrist bestimmen" so auszulegen seien, dass „der Verband auf die Einhaltung der Frist nicht vertraglich verzichten oder die Frist abkürzen [dürfe]",[5] weshalb auch ein Aufhebungsvertrag zwischen dem Vorstand

[1] *P. Berg*, AuR 2001, 393 (393); *T. Blanke*, AiB 2000, 260 (268).

[2] *H. Plander*, NZA 2005, 897ff.; ebenso *G. Peter*, Abschied vom Konsens – Mangelnde Tariftreue und Erosion der Arbeitgeberverbände, in: Recht und soziale Arbeitswelt: Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, S. 479 (S. 485).

[3] Das ArbG Berlin nimmt sogar schon bei Vorliegen eines wichtigen Grundes einen satzungsrechtlich zulässigen Blitzaustritt an, ArbG Berlin, Urteil vom 08.05.2003 – 96 Ca 5296/03 – juris; kritisch hierzu *J.-H. Bauer/C. Rolfs*, Anm. zu ArbG Berlin, Urteil vom 08.05.2003 – 96 Ca 5296/03, DB 2003, 1518 (1519ff.).

[4] *H. Plander*, NZA 2005, 897 (898, 898ff.): „Werden Arbeitgeber einen sofortigen Austritt nach allem regelmäßig nicht auf eine fristlose Kündigung stützen können, so ist zu erwägen, ob sie dies dadurch erreichen können, dass sie mit dem Verband einen Aufhebungsvertrag schließen oder dass sie mit diesem vereinbaren, sie bräuchten die in der Satzung vorgesehene Frist für die ordentliche Kündigung nicht oder nicht in vollem Umfang einzuhalten."

[5] *H. Plander*, NZA 2005, 897 (902, 900); kritisch ebenso *P.R. Melot de Beauregard*, ZTR 2009, 514 (516); a. A.: *T. Mann*, Zeitliche Austrittsbeschränkungen in Tarifverbänden, S. 106; *S. Krauss*, DB 1995, 1562 (1562).

des Verbandes und dem austrittswilligen Verbandsmitglied nicht wirksam sei.[6] Ansonsten könnten sich austrittswillige Mitglieder eines Arbeitgeberverbandes im Einvernehmen mit dem Vorstand einer abzeichnenden Weiterbindung nach § 3 Abs. 3 TVG entziehen.[7] Dies würde den Vorstand in die Lage versetzen, über die satzungsgemäße Mitgliedschaft in einem Maße zu disponieren, die ihm laut Satzung nicht zustünde.[8] Rechtlich möglich seien fristlose Mitgliedschaftsbeendigungen nur dann, wenn die Satzung eines Verbandes den Vorstand des Arbeitgeberverbandes dazu ermächtige, Aufhebungsverträge mit austrittswilligen Mitgliedern zu schließen, weil dann weder Vereinsrecht noch Art. 9 Abs. 3 GG solchen Verbandsaustritten entgegenstünden.[9] Nach dem *Plander*'schen Modell wären somit auch Blitzaustritte und Blitzwechsel während Tarifrunden möglich, solange sie auf der Grundlage der Arbeitgeberverbandssatzung erfolgen.

Gegen diese Vorstellung, dass die rechtliche Zulässigkeit solcher kurzfristigen Austritte allein von der Satzung abhängt, votiert vor allem *H. Oetker*[10] unter Berufung auf die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs 1 GG.

Auf den ersten Blick befremdet in der Tat, dass ein zwischen Vorstand und Mitglied geschlossener Aufhebungsvertrag über die in der Satzung geregelten Austrittsbedingungen wie einer Kündigungsfrist verfügt, welche doch durch die Mitgliederversammlung beschlossen wurden. Zu beachten ist aber, dass nach dem Vereinsrecht vorbehaltlich des § 30 BGB[11] der Vorstand eines Vereins die alleinige Vertretungsmacht gem. § 26 Abs. 2 BGB[12] innehat. Zumindest im Außenverhältnis muss somit aus Gründen der Rechtssicherheit im Rechtsverkehr der Aufhebungsvertrag Wirksamkeit entfalten.

---

[6] *H. Plander*, NZA 2005, 897 (900); kritisch ebenso *H. Brecht-Heitzmann/M. Gröls*, Anm. zu BAG, Urteil vom 20.02.2008 – 4 AZR 64/07, EzA GG Art. 9 Nr. 94 (Bl. 20, 27); *P. Berg*, AuR 2001, 393 (395).

[7] *H. Plander*, NZA 2005, 897 (902).

[8] *H. Plander*, NZA 2005, 897 (898).

[9] *H. Plander*, NZA 2005, 897 (900ff.).

[10] *H. Oetker*, ZfA 1998, 41 (46ff.).

[11] § 30 BGB, Besondere Vertreter, lautet: „Durch die Satzung kann bestimmt werden, dass neben dem Vorstand für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind. Die Vertretungsmacht eines solchen Vertreters erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der ihm zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt."

[12] § 26 BGB, Vorstand und Vertretung, lautet:
„(1) Der Verein muss einen Vorstand haben. Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und außergerichtlich; er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Der Umfang der Vertretungsmacht kann durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden.
(2) Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so wird der Verein durch die Mehrheit der Vorstandsmitglieder vertreten. Ist eine Willenserklärung gegenüber einem Verein abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitglied des Vorstands."

Ein weiterer Aspekt ist, dass nach dem heute vorherrschenden vertragsrechtlichen Verständnis[13] vom Verbandsbeitritt als Vertrag zwischen Mitglied und Vorstand die „einvernehmliche Beendigung als actus contrarius zur Begründung der Mitgliedschaft“, der Aufhebungsvertrag, ebenso zu behandeln ist.[14] Dies führt folglich zu dem Schluss, dass es Wille des Satzungsgebers ist, dass der Vorstand über die personelle Zusammensetzung der Körperschaft zu entscheiden hat.[15]

Die Lösung der Frage, ob ein sehr kurzfristiger Verbandsaustritt aus einem Arbeitgeberverband eine Tarifflucht darstellt, macht *H. Plander* vornehmlich an der Tatsache fest, ob die Satzung eine solche Möglichkeit der Beendigung vorsieht.

Dies verdunkelt dabei aber das eigentliche Problem der möglichen Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit und der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Er erkennt zwar, dass „Vereinbarungen problematisch“ seien, „die die Beteiligten binnen kürzerer Frist oder sogar fristlos mit Blick auf einen für demnächst zu erwartenden Tarifschluss treffen“.[16] Allerdings stellten diese Abreden die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems nicht als solche in Frage.[17] Die Arbeitgeberverbände selbst hätten schließlich kein Interesse daran, Satzungsbestimmungen zu haben, welche „einen Exodus seiner Mitglieder zu erwarten oder auch nur nicht ausschließen“ lassen könnten.[18] Außerdem seien Austritte von großen bzw. „beitragskräftige[n]“ Unternehmen nicht zu befürchten, da sie „ihre Vorstellungen über die Inhalte eines in Aussicht stehenden Tarifvertrags […] bereits verbandsintern zur Geltung bringen können – dies jedenfalls dann, wenn dem Verband im Übrigen zahlreiche kleinere Unternehmen angehören“.[19] Eine mögliche Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie wird jedoch blindlings unter Rückgriff der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Organisationsautonomie für zulässig befunden.[20]

Worauf sich seine Annahmen stützen und weshalb genau nicht die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt werde, bleibt unklar. Auch wird nicht thematisiert, ob ein Schutz vor allzu schnellen Austritten nur gegenüber dem Verband wegen seiner Satzungshoheit oder auch gegenüber der Gewerkschaft wegen möglicher Beeinträchtigungen ihrer Verhandlungsstrategie besteht.

Das verfassungsrechtliche Abwägungsproblem der Verfassungsgüter Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, negative Koalitionsfreiheit und Satzungsautonomie des Verbandes kann nicht vom einfachgesetzlichen Vereinsrecht allein

---

[13] BGHZ 101, 193 (196); BVerwG, Urteil vom 11.11.1986 – 1 A 45/83 – NJW-RR 1987, 474 (475); siehe viele weite Nachweise bei *H.Oetker*, ZfA 1998, 41 (52).
[14] *H. Oetker*, ZfA 1998, 41 (52).
[15] *H. Oetker*, ZfA 1998, 41 (53).
[16] *H. Plander*, NZA 2005, 897 (901).
[17] *H. Plander*, NZA 2005, 897 (901).
[18] *H. Plander*, NZA 2005, 897 (901).
[19] *H. Plander*, NZA 2005, 897 (901).
[20] *H. Plander*, NZA 2005, 897 (900f.).

abhängig gemacht werden, ohne eine verfassungsrechtliche Bewertung des Konflikts vorzunehmen. Die hinter der Tarifflucht stehende Frage nach den Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien wird von *H. Plander* weder gesehen noch bewältigt. Er bietet damit keine ernsthafte Alternative zum Konzept der Informationsobliegenheit.

II. Sperrfristenlösung bzw. Mindestfristen

Bereits vor den Leitentscheidungen zu Blitzaustritt und Blitzwechsel wurde das Modell der Sperrfristen bzw. der Mindestfristen im Zusammenhang mit drohender Tarifflucht erörtert.[21] Doch auch die Urteilsbesprechungen zu Blitzaustritt und Blitzwechsel diskutieren zuweilen gesetzliche Mindestfristen.[22]

Im Rahmen der Überlegungen zur Missbrauchsgefahr durch Statuswechsel zwischen unterschiedlichen Mitgliedsarten von Arbeitgebern vertrat *P.R. Melot Beauregard* die Ansicht, dass bei laufender Tarifrunde ein Wechsel in die OT-Mitgliedschaft ausgeschlossen sei.[23] Eine Möglichkeit, der Missbrauchsgefahr Herr zu werden, sei die Bestimmung von Sperrfristen, vor deren Ablauf ein nochmaliger Wechsel nicht gestattet sei.[24] Sperrfristen stellten keinen Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers dar, da er sich an der vormals getroffenen Entscheidung, der Verbandsmitgliedschaft bei Beginn der Tarifrunde, festhalten lassen müsse.[25] Insbesondere in sehr systemrelevanten Zeiten (wie beispielsweise laufenden Tarifverhandlungen) sei es gerechtfertigt, den Arbeitgeber in seiner Koalitionsfreiheit zu beschränken.[26]

M. Löwisch und *V. Rieble*[27] vertreten dahingegen die Auffassung, dass Mindestbindungsfristen nur durch den Gesetzgeber (wie beispielsweise im § 3 Abs. 1 Nr. 4 a, Nr. 5 MarktstrukturG oder im § 18 Abs. 1 Nr. 4 a BWaldG) im Interesse der

[21] *P.R. Melot de Beauregard*, Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden und Tarifbindung, S. 159 für den Wechsel in die OT-Mitgliedschaft. Ebenso wollen *A. Wroblewski* und *P. Berg* bei einem kurzfristigen Wechsel in die OT-Mitgliedschaft die allgemeinen Austrittsfristen analog anwenden; vgl. *A. Wroblewski*, NZA 2007, 421 (425); *P. Berg*, AuR 2001, 393 (325). *F. Bayreuther* schlägt vor eine „Mindestkarrenzzeit" für den Wechsel von der T- Mitgliedschaft in die OT-Mitgliedschaft und ggf. auch für einen späteren Wechsel zurück in die T-Mitgliedschaft zu bestimmen, siehe *F. Bayreuther*, BB 2007, 325 (326f.).

[22] *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 605 (S. 616); *M. Franzen*, Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, S. 929 (S. 939f.);vgl. auch *H. Buchner*, NZA 2006, 1377 (1381).

[23] *P.R. Melot de Beauregard*, Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden und Tarifbindung, S. 159. Diesen Standpunkt vertritt *P.R. Melot de Beauregard* allerdings in seinem Beitrag zum Blitzaustritt in ZTR 2009, 514ff kaum noch; weitere Nachweise siehe bei *N. Besgen/A. Weber*, SAE 2010, 1 (4).

[24] *P.R. Melot de Beauregard*, Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden und Tarifbindung, S. 159.

[25] *P.R. Melot de Beauregard*, Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden und Tarifbindung, S. 159.

[26] *P.R. Melot de Beauregard*, Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden und Tarifbindung, S. 159.

[27] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 230ff.; Rn. 115ff.

Funktionsfähigkeit des Kollektivvertragssystems, festgesetzt werden könne.[28] Die Lösungsrechte der Mitglieder im Arbeitgeberverband könnten durch eine gesetzliche Mindestaustrittsfrist beschränkt werden, „die aber in Ansehung der negativen Koalitionsfreiheit kurz bemessen sein müsste“.[29]

Zweifelhaft ist bei Sperr- bzw. Mindestfristen aber, ob diese wirklich dazu geeignet sind, die entgegenstehenden Grundrechtspositionen der Beteiligten in einen schonenden Ausgleich zu bringen, oder ob sie nicht vielmehr die negative Koalitionsfreiheit des einzelnen Arbeitgebers in ungerechtfertigter Weise beeinträchtigten.

Der Vorteil von Mindestfristen bzw. Sperrfristen liegt eindeutig in ihrer Effektivität. Kein anderes Instrument führt gleich effektiv zur Sicherung des Tarifverfahrens vor paritätsverschiebenden Blitzaustritten oder Blitzwechseln. Die Effektivität birgt aber zugleich auch den Nachteil eines solchen Modells: Durch Sperrfristen bzw. die gesetzliche Anordnung wird für eine gewisse Zeit faktisch die Ausübung der negativen Koalitionsfreiheit des Verbandsmitglieds ausgeschlossen und „auf Null“ reduziert. Sie stellt somit den stärksten Eingriff in die Rechte des Verbandsmitglieds dar.

Dem Grundsatz, bei Kollisionen der Grundrechtspositionen einen möglichst schonenden Ausgleich zu finden, wird die Auffassung somit nicht gerecht, weshalb eine gesetzliche Sperrfristenregelung im Ergebnis abzulehnen ist.

Überdies lehnt das BAG in der Blitzwechsel-Entscheidung ausdrücklich generelle Mindestfristen ab, da der Austritt oder Statuswechsel eines Verbandswechsels im Regelfall nur den Verband und seine Mitglieder betreffe.[30] Nur bei einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist einer evidenten Paritätsverschiebung zwischen den Vertragsseiten entgegen zu wirken. Zudem gebietet es der Grundsatz der Neutralität, möglichst keine Eingriffe des Staates in den verfassungsrechtlich geschützten Bereich der Koalitionen zu tätigen. Eine Mindestfrist oder Sperrfrist würde aber eine massive Beschneidung der Organisationsautonomie der Arbeitgeberverbände bedeuten. Eine konkretisierte Informationsobliegenheit stellt, wie beschrieben, demgegenüber eine wesentlich geringere Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit des Verbandsmitglieds sowie der kollektiven Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbandes dar.

---

[28] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 118.

[29] *M. Löwisch/V. Rieble,* TVG, § 3 Rn. 118: „Richterrecht kann kein Sonderrechtvereinsrecht nur für Tarifverbände oder gar nur für Arbeitgeberverbände schaffen – weil dem die Bindung des Richters an das einheitliche und abschließende Vereinsrecht des BGB entgegensteht.“

[30] BAGE 127, 27 (40f. Rn. 46).

III. Arbeitskampfrechtliche Lösung

Weiter wird überlegt, Paritätsverschiebungen, die durch allzu „durchlässige" Bestimmungen in Arbeitgeberverbandssatzungen ausgelöst werden, mithilfe des Arbeitskampfrechts zu lösen.[31] Der Förderung zum Statuswechsel der Mitglieder von T- in OT-Mitgliedschaften könnte dadurch begegnet werden, dass sich die Gewerkschaft durch Sympathiestreiks zur Wehr setzt.[32]

Diese arbeitskampfrechtliche Lösung des Problems würde auch nicht durch den Einwand der Rechtswidrigkeit des Sympathiestreiks erschüttert werden, denn das Prinzip, dass Arbeitskampfmittel lediglich zur Erreichung von Tarifverträgen eingesetzt werden dürfen, gilt nur solange, „wie der Gegner des Sympathiestreiks bzw. -arbeitskampfs sich seinerseits auch neutral verhält".[33] Liegt beispielsweise der Fall vor, dass ein „von Arbeitskampfmaßnahmen betroffene[s] OT-Mitglied von seinem Verband mit Mitteln aus dem Streikfonds finanziell unterstützt" werde, „[nehme] der Verband Einfluss auf die Erfüllung der Tarifforderungen."[34] Hierdurch ergebe sich eine Disparität, zu dessen Ausgleich eine Gewerkschaft ausnahmsweise nach dem ultima-ratio-Prinzip und der Verhältnismäßigkeit Arbeitskampfmaßnahmen ergreifen könne.[35]

Doch Sympathiestreiks als adäquates Mittel gegen Arbeitgeber, welche je nach Bedarf zwischen Vollmitgliedschaft und OT-Mitgliedschaft wechseln, sind keine sachgerechte Lösung des Problems.[36] Denn durch die Entwicklung bzw. Anwendung eines (anderen) Kampfmittels wird nicht ein die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie störendes Verhalten ausbalanciert. Es wird einem (möglicherweise) das Tarifverfahren schädigenden Verhalten mit dem ultima-ratio-Mittel innerhalb des Interessenkonflikts begegnet. Vorzugswürdig erscheint es daher, das Ungleichgewicht bzw. die damit verbundene Spannung nicht noch weiter hochzuzonen, sondern statt im Arbeitskampfrecht vielmehr eine Lösung auf der Ebene der Tarifautonomie zu finden.[37] Verursacht eine Arbeitgeberverbandssatzung eine Paritätsverschiebung, welche nicht dem Grundsatz der Unabhängigkeit[38] der Mit-

[31] *N. Besgen*, Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung – Tarifflucht statt Verbandsflucht, S. 120f.

[32] *N. Besgen*, Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung – Tarifflucht statt Verbandsflucht, S. 120f.

[33] *N. Besgen*, Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung – Tarifflucht statt Verbandsflucht, S. 121.

[34] *N. Besgen*, Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung – Tarifflucht statt Verbandsflucht, S. 121.

[35] *N. Besgen*, Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung – Tarifflucht statt Verbandsflucht, S. 122.

[36] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (89).

[37] So auch *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (89).

[38] Auf den Grundsatzes der Unabhängigkeit zwischen den Mitgliedschaftsformen der OT-Mitglieder und der T-Mitglieder ist an dieser Stelle nicht einzugehen, da hierauf bereits eingegangen wurde; siehe hierzu Viertes Kapitel: A. III. 1.

gliedschaftsformen genügt[39] oder welche es Arbeitgebern ermöglicht, nach Belieben zwischen Tarifbindung oder Friedenspflicht zu wählen,[40] so ist eine Tarifbindung des wechselwilligen Arbeitgebers bei gleichzeitig zulässigem Austritt anzunehmen,[41] – zumal während der Ausübung der Tarifautonomie, also noch vor dem Stadium des Arbeitskampfes kein äquivalentes Gegenmittel der Gewerkschaft zur Verfügung steht.

Überdies ist äußerst zweifelhaft, ob die erforderliche Solidarität für Sympathiearbeitskämpfe überhaupt kurzerhand aufgebaut werden kann.[42]

Die Paritätsverschiebung liegt in der satzungsgemäßen Anerkennung der fehlenden Tarifbindung für Mitglieder, welche äußerst kurzfristig die Vollmitgliedschaft im Arbeitgeberverband vereinsrechtlich beenden.[43] Somit ist die Lösung des Ungleichgewichts zwischen den Tarifvertragsparteien auch auf tarifrechtlicher Ebene zu suchen.[44]

---

[39] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (86).

[40] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (84), *P. Berg*, AuR 2001, 393 (394); *T. Blanke*, AiB 2000, 260 (267); *F. Bayreuther*, BB 2007, 325 (326f.) m. w. N.

[41] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (90).

[42] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (89).

[43] Beachtlicherweise so schon im Jahre 2007: *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (89).

[44] *O. Deinert*, RdA 2007, 83 (89).

B. Lösungsansätze im Diskurs um Blitzaustritt und Blitzwechsel

Innerhalb der Diskussion um die rechtliche Zulässigkeit der bundesarbeitsgerichtlich entwickelten Informationsobliegenheit, wurden alternative Lösungsvorschläge zur Lösung des Problems entwickelt, welche im Folgenden mit der Informationsobliegenheit verglichen werden.

I. Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB

Im Gegensatz zu einer Tarifbindung eines austritts- bzw. wechselwilligen Arbeitgebers bei unterlassener Information wird von einigen Stimmen vorgebracht, dass es völlig ausreichend wäre, die Anfechtbarkeit der Willenserklärung zum Tarifvertrag gem. § 119 Abs. 2 BGB wegen Irrtums über den Mitgliederbestand bzw. die Änderung im Mitgliederbestand zu prüfen.[1] Denn die Lösung des Bundesarbeitsgerichts stehe nicht im Verhältnis zur Belastung des austretenden bzw. in die OT-Mitgliedschaft wechselnden Mitglieds.[2] Durch die Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB werde eine sachgerechte Lösung ermöglicht, weil sie die „Wesentlichkeit der Eigenschaft für das konkrete Geschäft“ voraussetze.[3]

Prekär an diesem Lösungsansatz über die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ist die Rechtsfolge einer Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums. Durch die angefochtene Willenserklärung zum Abschluss des Rechtsgeschäfts wird der Tarifvertrag gem. § 142 Abs. 1 BGB ex tunc nichtig.

Die Rechtsfolge einer Anfechtungslösung ist somit eine viel weitreichendere Belastung als eine Informationsobliegenheit. Bei einer Nichtigkeit des Tarifvertrages würden wesentlich mehr Verbandsmitglieder mit der Härte der Anfechtung, der Nichtigkeit des Tarifvertrages, „bestraft“ werden als bei der Lösung der Rechtsprechung. Denn nach der Lösung der Rechtsprechung wird nur das Verbandsmitglied, welches während der Tarifrunde vereinsrechtlich die Vollmitgliedschaft beendet hat, nach § 3 Abs. 1 TVG an den Tarifvertrag gebunden, weil durch seinen der Gewerkschaft verschwiegenen, kurzfristigen Austritt oder Wechsel die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gestört wurde. Die „Härte“ einer Tarifbindung trifft demnach nur das Mitglied, welches selbst hätte dazu beitragen

[1] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (105),; *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, S. 303 (S. 309). Daneben schlagen *J.-H. Bauer* und *K. Haußmann* als Lösungsansatz noch das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Tarifvertrages vor, welches der „Schieflage" in jeder Hinsicht besser gerecht werde, *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (105).

[2] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (105).

[3] *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (105).

können, dass die Verfahrensgerechtigkeit der Tarifautonomie nicht gestört wird. Zum einen hätte das flüchtende Verbandsmitglied der Gewerkschaft selbst seinen Austritt bzw. Wechsel anzeigen können oder es hätte seinen Austritt bzw. Wechsel auf einen Zeitpunkt außerhalb der Tarifrunde verschieben können.

Die Lösung über die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB steht somit in Widerspruch zum Grundsatz der Neutralität, der einer so weitreichenden Intervention in das Koalitionsgeschehen entgegensteht.

Die Lösung nach §§ 119 Abs. 2, 142 Abs. 1 BGB ist somit abzulehnen, da die Rechtsfolgen einer Anfechtung wesentlich gravierender sind als die von der Rechtsprechung vertretene Tarifbindung des Verbandsmitglieds, welches die Tarifflucht begehrt.

II. Wesentliche Vertragsbestandteile, Dissens

Im Falle eines evidenten Informationsgefälles zwischen den Tarifvertragsparteien, wie in den Fällen von Blitzaustritt und Blitzwechsel, kommt die Figur des offenen[4] oder des versteckten Dissens (§ 155 BGB[5]) oder des Totaldissens[6] in Betracht. Liegen Informationsmängel über die wesentlichen Vertragsbestandteile vor, die dazu führen, dass keine objektive Einigung erfolgt, so kommt kein Vertrag zustande.[7]

Die Lösung eines Falles über diese Instrumente geht aber mit der Annahme einher, dass die Information über die in dem Verband organisierten Arbeitgeber bzw. über erhebliche Veränderungen der Mitglieder des Arbeitgeberverbandes während der Tarifrunde zu den wesentlichen Vertragsbestandteilen eines Tarifvertrages gehört. Zu den wesentlichen Vertragsbestandteilen (essentialia negotii) gehören die Vertragsparteien, der Vertragstyp wie auch Leistung und Gegenleistung bzw. der Regelungsgegenstand.[8] Die Information über den Mitgliederbestand bzw. über eine Änderung des Mitgliederbestandes seitens des Arbeitgeberverbandes als wesentlichen Vertragsbestandteil zu definieren, ist aber schwerlich zu begründen, da kein normativer Anknüpfungspunkt für die Hauptleistungen eines

[4] § 154 Abs. 1 BGB, Offener Einigungsmangel, lautet: „Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte des Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.“

[5] § 155 BGB, Versteckter Einigungsmangel, lautet: „Haben sich die Parteien bei einem Vertrag, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde.“

[6] Beim Totaldissens sind weder §§ 154 noch 155 BGB anwendbar, siehe *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT, § 29 Rn. 75.

[7] *C. Armbrüster*, in: Erman, BGB, Vor § 145 Rn. 12, § 154 Rn. 1; RGZ 93, 297 (299); *O. Jauernig*, in: Jauernig, BGB, § 155 Rn. 1; *H. Dörner*, in: Hk-BGB, § 154 Rn. 2, § 155 Rn. 2; *J. Busche*, in: Münch-Komm, BGB, § 154 Rn. 3, 145 Rn. 6.

[8] *H. Dörner*, in: Hk-BGB, § 154 Rn. 2.

Tarifvertrages existiert, wie es beispielsweise § 433 BGB für den Kaufvertrag vorsieht.

Hinzu kommt, dass die Gewerkschaft keinen Anspruch auf Mitteilung des Mitgliederbestandes des Arbeitgeberverbandes zu Beginn einer Tarifrunde hat. Auch erscheint es fragwürdig, vorenthaltene Veränderungen im Mitgliederbestand des Arbeitgeberverbandes als Dissens über die Vertragsparteien zu kategorisieren, da stets auch die Arbeitgeberseite keine Kenntnis von der Mitgliederschaft der anderen Vertragsseite hat.

Trotz dessen ist die Information über eine Veränderung des Mitgliederbestandes des Arbeitgeberverbandes bei laufenden Tarifverhandlungen für die Ausübung der Tarifautonomie der Gewerkschaft essentiell.

Eine Lösung über den Dissens wegen Unkenntnis der wesentlichen Vertragsbestandteile ist aber dennoch nicht sinnvoll, weil die Rechtsfolge eines Dissenses die Unwirksamkeit des Tarifvertrages wäre. Hierdurch käme es, wie auch bei dem Lösungsansatz über die Anfechtung, zu einem ähnlich gravierenden Eingriff in die Koalitionsfreiheit der nicht unmittelbar betroffenen Verbandsmitglieder. In Anbetracht der damit verbundenen Konsequenzen ist der Dissens kein probates Mittel zur Lösung der Problematik.

Festzuhalten ist somit, dass Vorstellungen über die Mitgliederstruktur des Arbeitgeberverbandes trotz ihres essentiellen Charakters nicht zu den wesentlichen Vertragsbestandteilen gehören und die Lösung der Problematik um Blitzaustritt und Blitzwechsel nicht anhand der Bestimmungen zum Dissens erfolgen sollte.

III. Lösung über Schadensersatzrecht

Alternativ zur Lösung des Bundesarbeitsgerichts wird von Gegnern der bundesarbeitsgerichtlichen Informationsobliegenheit vorgebracht, dass, wenn ein anspruchsbegründender Tatbestand für einen „Informationsanspruch über den Mitgliederbestand“ bestehe, allenfalls ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden könne.[9] Eine Informationspflicht könnte sich aus dem umstrittenen tarifrechtlichen Dauerschuldverhältnis oder aus einer Sonderform des kollektivvorvertraglichen Schuldverhältnisses (§ 311 Abs. 2 BGB) ergeben.[10] Dieser Schadensersatzanspruch bestehe aber nur gegenüber dem Vertragspartner der Gewerkschaft, also dem Arbeitgeberverband und nicht gegen den einzelnen „Tarifflüchtling“.[11]

[9] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 241; *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (284f.).

[10] *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (284).

[11] *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (284); *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 897).

Die Bemessung des Schadensersatzes müsste sich nach der Differenzhypothese richten.[12] Danach wäre die Gewerkschaft so zu stellen, wie sie stünde, wenn sie korrekt unterrichtet worden wäre – nicht aber so, als wäre das einzelne Verbandsmitglied nicht aus dem Verband ausgeschieden.[13]

Daraus ergibt sich die Schwierigkeit eines solchen Schadensersatzanspruchs. Denn wie soll und kann antizipiert werden, wie die Gewerkschaft stünde, wenn sie ordnungsgemäß durch den Arbeitgeberverband unterrichtet worden wäre? Bei ordnungsgemäßer Unterrichtung hätte die Gewerkschaft im Tarifverfahren selbst entscheiden können, welche Reaktion auf die Veränderungen der Mitgliedschaft im Arbeitgeberlager angemessen wäre. Der Schaden, den die Gewerkschaft trägt, ist, dass ihr die Möglichkeit der Reaktion im Tarifverfahren genommen wird und sie stattdessen einen Tarifvertrag unter Zugrundelegung falscher Annahmen beschließt. Ein Schaden im Sinne der §§ 249ff. BGB ist in diesem Kontext kaum zu ermitteln. Daher ist für den vorliegenden Fall eine Lösung über das Schadensersatzrecht abzulehnen.

IV. Vorvertragliche Rücksichtnahmepflichten nach culpa in contrahendo

Trotz grundsätzlicher Zustimmung,[14] kritisiert *H. Wiedemann* das BAG hinsichtlich seiner Rechtsprechung zu Blitzaustritt und Blitzwechsel, indem er dem Gericht vorwirft, einem entscheidenden Aspekt nicht genügend Beachtung geschenkt zu haben:[15] Die Problematik bestünde im Fall von Blitzaustritt und Blitzwechsel ebenso wie im sog. „Burda“-Fall[16] darin, dass „es scheinbar an unmittelbaren Rechtsverhältnissen zwischen der Gewerkschaft und den organisierten Arbeitgebern und erst recht zwischen dem Arbeitgeberverband und den Arbeitnehmern seiner Mitgliedsfirmen“ fehle.[17] Die Burda-Entscheidung räumte der Gewerkschaft einen eigenen Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB als unmittelbaren Anspruch gegen tarifwidrige Einzelverträge ein.

Der Schwerpunkt der Problematik liege somit im Falle von Blitzaustritt und Blitzwechsel in der kollektiven Ebene.[18]

---

[12] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 241; *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (105); *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (284f.); vgl. *M. Franzen*, Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, S. 929 (S. 939).

[13] *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG, § 3 Rn. 241; *J.-H. Bauer/K. Haußmann*, RdA 2009, 99 (105); *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (284f.).

[14] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 898).

[15] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 894).

[16] *H. Wiedemann*, Anm. zu BAG, Urteil vom 20.04.1999 – 1 ABR 72/98, RdA 2000, 165ff.

[17] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 894).

[18] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 894).

Das BAG gehe mit seiner Rechtsprechung somit den „(Um)weg über drei Rechtsverhältnisse“, denn der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers werde über die Wirksamkeit des Tarifvertrages und diese über die Gültigkeit des Verbandsaustritts geprüft.[19]

H. Wiedemann schlägt vor, die „Pflicht zur rechtzeitigen Information über grundlegende Veränderungen im Mitgliederbestand“ als vorvertragliche Pflicht zwischen den Kollektivverbänden anzusehen.[20] Eine solche vorvertragliche Pflicht zur Mitteilung der relevanten Veränderungen im Arbeitgeberverband fuße zum einen auf der verfassungsrechtlich gewährleisteten Verantwortung, die den Tarifpartnern für die Gestaltung der Arbeitswelt zukomme, und zum anderen auf der dem Gegenspieler geschuldeten Pflicht zu fairem Vertragsverhalten.[21]

Unterbleibe somit die erforderliche Aufklärung der Gewerkschaft durch den Arbeitgeberverband über relevante Änderungen im Mitgliederbestand, so hafte der Arbeitgeberverband aus eigenem Verschulden der Gewerkschaft für Schadensersatz gem. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 [§ 241 Abs. 2] BGB.[22] Dabei könne der Vertragsgegner und Anspruchsinhaber zwischen der Vertragsaufhebung und der Vertragsanpassung wählen.[23] Diese Lösung favorisiert *H. Wiedemann* vor allem gegenüber der Informationspflicht, weil ihn die Rechtsfolgen einer unterlassenen Mitteilung des Arbeitgeberverbandes an die Gewerkschaft nicht überzeugen.[24]

Einen zusätzlichen Anspruch auf Schadensersatz habe die Gewerkschaft gegen den einzelnen Arbeitgeber nur dann, wenn er als ein „maßgebendes Mitglied […] [erkläre], er stehe für die korrekte Durchführung des Tarifvertrages ein.“[25]

Zuzustimmen ist *H. Wiedemann* insbesondere hinsichtlich seiner Ausführungen zur Parallele zwischen dem Burda-Fall und den Fällen von Blitzaustritt und Blitzwechsel. Doch stehen auch seinem Lösungsansatz einige Hindernisse gegenüber:

Die Rechtsfolge der vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten ist die der Vertragsanpassung oder -aufhebung; doch ebenso wie beim Lösungsansatz über Schadensersatzrecht ist die Vertragsanpassung denkbar schwer zu konstruieren. Eine Vertragsaufhebung des Tarifvertrages würde dazu führen, dass noch ein-

---

[19] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 894).

[20] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 894).

[21] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 895).

[22] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 897).

[23] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 897).

[24] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 898); so auch *V. Rieble*, RdA 2009, 280 (284f.).

[25] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 895, 897).

schneidender in das Tarifvertragssystem eingegriffen wird, als wenn ein verbandsflüchtiger Arbeitgeber an einen Tarifvertrag gebunden wird.

Sicherlich besteht eine gewisse Diskrepanz hinsichtlich des Tatbestandes der Mitteilung eines Arbeitgeberverbandes gegenüber der Gewerkschaft und der bei Unterlassen dieser Mitteilung anknüpfenden Rechtsfolge der Tarifbindung eines Verbandsmitglieds trotz vereinsrechtlicher Beendigung der Vollmitgliedschaft. Jedoch ist diese Härte gegenüber dem einzelnen Verbandsmitglied, das tarifgebunden wird, um der Autonomie des Tarifsystems willen hinzunehmen. Denn zu beachten ist, dass nicht jede verschwiegene Veränderung der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband zu einer Störung der Funktionsfähigkeit führt und somit für die Gewerkschaft und ihre Ausübung der Tarifautonomie relevant ist. Lediglich in den Fällen, in denen eine Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie evident ist, ist eine Pflichtverletzung anzunehmen. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis droht durch eine Lösung über vorvertragliche Rücksichtnahmepflichten umgekehrt zu werden.

C. Zwischenergebnis: Konkretisierte Informationsobliegenheit als adäquate Lösung auf paritätsverschiebende Blitzaustritte und Blitzwechsel

Keiner der vorgebrachten Alternativvorschläge überzeugt mehr als die konkretisierte Informationsobliegenheit.

Die Lösungsansätze zur Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien leiden an dem Mangel, dass sie stets die koalitionsverfassungsrechtliche Lage zwischen den unterschiedlichen Lagern nur oberflächlich thematisieren. Sie können daher nicht sachgerecht auf die Problematik angewandt werden, da valide Parameter für Problemlagen fehlen und die Ansätze die koalitionsverfassungsrechtliche Lage nicht hinreichend untersuchen. Für die Lösung um die Problematik um Blitzaustritt und Blitzwechsel bleiben die einzelnen Lösungsansätze zu abstrakt und sind deshalb nicht operationalisierbar.

Sowohl die Lösungsansätze, welche vor der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Blitzaustritten und Blitzwechseln entwickelt wurden, als auch alternative Lösungsansätze, welche in der Diskussion um diese Rechtsprechung konzipiert wurden, sind für die Lösung der Problematik wenig ertragreich. Im Gegensatz zur Informationsobliegenheit stellen sie entweder einen die Autonomie des Tarifsystems viel stärker beeinträchtigenden Eingriff dar, oder sie messen den tarifrechtlichen Besonderheiten keine Beachtung bei. Ist nun die Lösung des Bundesarbeitsgerichts die beste Lösung?

Eine scharf konkretisierte Informationsobliegenheit ist angesichts der zu berücksichtigenden verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien trotz gewisser einfachrechtlicher Unzulänglichkeiten die überzeugendste Lösung der Problematik. Zwar ist an der Lösung anhand der Informationsobliegenheit, problematisch, dass das einzelne Verbandsmitglied bei Störung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems durch Vorenthaltung relevanter Veränderungen im Mitgliederbestandes des Arbeitgeberverbands eine Tarifbindung zu tragen hat, der es eigentlich entgehen wollte. Dennoch ist diese tarifvertragsrechtliche Lösung im Gegensatz zu den vorhergehenden Lösungsansätzen deutlich zu favorisieren, da sie sich aufgrund der Sachnähe und hohen Praktikabilität auszeichnet. Zudem ist eine Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, welche durch verschwiegene Blitzaustritte und Blitzwechsel hervorgerufen wird, ein Ausnahmefall, welcher gut begründet dargelegt werden muss.

Trotz aller Kritik an der Informationsobliegenheit des Bundesarbeitsgerichts, „gewichtige Änderungen der bestehenden Machtverhältnisse" gegenüber dem Tarifpartner offenzulegen, darf deshalb der Schwerpunkt nicht auf die „Rechtsfol-

ge der unwirksamen Aus- oder Übertrittserklärungen“ verschoben werden.[1] Überdies ist es Eigenheit des Kollektivsystems, dass Begebenheiten zwischen den Tarifparteien Auswirkungen auf der Ebene der organisierten Verbandsmitglieder haben.

Das Manko der Informationsobliegenheit, die fehlende demokratische Legitimation der richterlichen Ausgestaltung, kann durch den Gesetzgeber behoben werden. *H. Buchner* sieht in der richterlich entwickelten Informationsobliegenheit „eine dem § 3 Abs. 3 TVG parallele Ausdehnung der Tarifgebundenheit“.[2] Insofern wird § 3 TVG um einen „richterrechtlichen“ Absatz erweitert:

> *„Ein Arbeitgeber ist an einen Tarifvertrag auch dann gebunden, wenn er zu dem Zeitpunkt des Abschlusses des Tarifvertrages zwar nicht mehr Mitglied des Arbeitgeberverbandes ist oder einer die Tarifgebundenheit vermittelnden Mitgliedschaftskategorie zugehört, wenn er dies jedoch bei Aufnahme der Tarifverhandlungen war und sein Wechsel dem Tarifpartner nicht rechtzeitig während der Tarifverhandlungen zur Kenntnis gebracht wurde.“*[3]

[1] *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, S. 889 (S. 898).

[2] *H. Buchner*, Arbeitsrechtliche Nachbesserung des Gesellschaftsrechts, in: Festschrift für Peter Kreutz zu 70. Geburtstag, S. 537 (S. 546).

[3] *H. Buchner*, Arbeitsrechtliche Nachbesserung des Gesellschaftsrechts, in: Festschrift für Peter Kreutz zu 70. Geburtstag, S. 537 (S. 547).

Sechstes Kapitel.
Zusammenfassung und Ausblick

A. Ergebnisse der Arbeit

Folgende Ergebnisse der Arbeit lassen sich zusammenfassen:

- Die historische Wurzel der Koalitionsfreiheit, die Verwirklichung eines Gleichgewichts zwischen den Vertragsseiten im Arbeitsrecht, ist seit dem 19. Jahrhundert bis heute aktuell.
- Die in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit soll den Grundrechtsadressaten ein System zur Bestimmung der Arbeitsbedingungen ermöglichen, in welchem Koalitionen als gleichberechtigte Partner agieren, um konsensual Arbeitsregelungen angemessen zu bestimmen.
- Verfassungsrechtlich sind die Tarifvertragsparteien dazu verpflichtet, sich so zu verhalten, dass ihr Verhandlungspartner ebenso wie sie selbst seiner Funktion im Tarifsystem entsprechend dem Bestimmungsziel der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerecht wird.
- Ist es einer Koalition nicht möglich, im Tarifverfahren die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer durch ihre Koalitionstätigkeit zu kompensieren, so erfüllt sie ihre verfassungsrechtliche Bestimmung nicht.
- Kern der Koalitionsfreiheit ist die Tarifautonomie im Sinne kollektiv ausgeübter Privatautonomie mit ordnungspolitischer Prägekraft, die der rechtlichen Ausgestaltung bedarf, um als Freiheitsrecht für die Grundrechtssubjekte effektiv nutzbar zu sein.
- Die Koalitionen als Freiheitsträger der Tarifautonomie sind gegenüber und in dem Koalitionssystem verpflichtet, sich so zu verhalten, dass die jeweilige Koalitionsfreiheit und insbesondere die Tarifautonomie des anderen, „gegnerischen“ Kollektivverbandes nicht beeinträchtigt wird, da die Achtung der „gegnerischen“ Koalitionsfreiheit Funktionsbedingung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist.
- Der objektivrechtliche Gehalt der Koalitionsfreiheit gewährleistet eine Verfahrensgarantie auf die Bereitstellung der Normen, welche zu einer weitgehend von staatlicher Einmischung freien Regelung sozial angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen notwendig sind, d.h. eine Gewährleistung auf Bereitstellung eines funktionsfähigen Koalitions- und Tarifvertragssystems.
- Das durch die Rechtsordnung bereitzustellende normative Gerüst zur Freiheitsverwirklichung muss paritätisch im Sinne einer abstrakt-materiellen Parität ausgestaltet sein. Denn nur so können Koalitionen in die Lage versetzt werden, sozial angemessene Tarifverträge zu beschließen, denen eine Richtigkeitsgewähr zukommt und welche die – immer noch existente – strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers kompensieren.

- Verfassungsrechtliches Problem von Blitzaustritten und Blitzwechseln ist die übergeordnete Frage, welches Verhalten konform zum Koalitionssystem ist und wann die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie bedingt durch das Verhalten einer Koalition gestört wird.
- Eine evidente Funktionsstörung kann dann vorliegen, wenn eine informationelle Unterlegenheitssituation dazu führt, dass die Koalitionen ihrem Bestimmungsziel nicht mehr gerecht werden und die Gewerkschaft aufgrund mangelnder Kenntnis der Mitgliedschaftsveränderungen die Interessen ihrer Mitglieder nicht angemessen vertreten kann.
- Somit kann es erforderlich sein, dass die Gewerkschaft über Veränderungen des Mitgliederbestandes des Arbeitgeberverbandes in Kenntnis gesetzt wird, um die Paritätsverschiebung auszugleichen.
- Die Informationsobliegenheit des Bundesarbeitsgerichts als Kompensation der durch Blitzaustritte und Blitzwechsel entstehenden Disparität wiegt die Ungleichheit bis zum Maße des erforderlichen annähernden Kräftegleichgewichts auf. Sie stellt eine unter mehreren möglichen Lösungsmöglichkeiten dar, welche sich dadurch auszeichnet, dass sie das Tarifverfahren als Freiheitssystem wahrt ohne eine Partei dabei zu sehr durch die Informationsobliegenheit zu belasten.

B. Konsequenzen der BAG-Entscheidungen und Ausblick

Blitzaustritte und Blitzwechsel während laufender Tarifverhandlungen können die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems erheblich beeinträchtigen. Sowohl die koalitionsspezifische Betätigung der Gewerkschaft, das Aushandeln der Tarifverträge, als auch die Gewährleistung einer autonomen Ordnung zur Schaffung angemessener Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen können durch die Möglichkeit der Tarifflucht während laufender Tarifverhandlungen um den neuen Verbandstarifvertrag gefährdet werden. Die in dieser Arbeit entwickelten „Regelbeispiele" des Tatbestandes der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit sind stets im Einzelfall zu prüfen und als Richtschnur anzuwenden. Eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch Blitzaustritte und Blitzwechsel, d.h. das erhebliche Ungleichgewicht zwischen den Tarifparteien während der Tarifverhandlungen, kann aber durch eine rechtzeitige Information an die verhandelnde Gewerkschaft behoben werden, sofern die Gewerkschaft auf die Veränderungen noch reagieren kann.

Erst durch das vom BAG entwickelte Transparenzgebot wurde ein Korrektiv zur Sicherung des Tarifverfahrens geschaffen, und die Parallelität von vereinsrechtlicher Mitgliedschaft und Tarifgebundenheit bzw. vereinsrechtlicher Beendigung der Mitgliedschaft und Beendigung der Tarifbindung in bestimmten Situationen aufgebrochen. In den Fällen der Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sind vereinsrechtlich wirksame Blitzaustritte und Blitzwechsel tarifrechtlich unwirksam und der austritts- oder wechselwillige Arbeitgeber ist nach § 3 Abs. 1 TVG an den neuen Tarifvertrag gebunden, da der Verbandsaustritt oder Mitgliedschaftswechsel nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG i. V. m. § 134 BGB tarifrechtlich unwirksam ist.

Es bleibt zu hoffen, dass eine noch stärkere Determinierung der zeitlichen Eingrenzung für die Benachrichtigungspflicht und ihre die Kriterien normativ erfolgt, um für die Interessenvereinigungen und die Verbandsmitglieder ein höheres Maß an Rechtssicherheit zu schaffen. Für die Zukunft ist sowohl den Arbeitgeberverbänden als auch den austritts- bzw. wechselwilligen Verbandsmitgliedern zu raten, jeden kurzfristigen Aus- oder Übertritt eines Mitglieds in eine OT-Mitgliedschaft der verhandelnden Gewerkschaft um des Tarifverfahrens willen rechtzeitig anzuzeigen, um so einer Tarifbindung sicher zu entgehen. Zugleich würden Arbeitgeberverbände und austritts- bzw. wechselwillige Verbandsmitglieder durch ein solches Verhalten einem informationellen Ungleichgewicht zwischen den Tarifparteien effektiv vorbeugen.

Literaturverzeichnis

Abel, Gunther	Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, Berlin 1964. Zitiert: *G. Abel*, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes
Abendroth, Wolfgang	Das Grundgesetz, 7. Auflage, Pfullingen 1978. Zitiert: W. Abendroth, Das Grundgesetz
Ahrendt, Martina	Zum Anspruch der Gewerkschaft gegen den Arbeitgeberverband auf Auskunft über tarifgebunden und OT-Mitglieder, RdA 2010, S. 345 – S. 351.
Alexy, Robert	Theorie der Grundrechte, 1. Auflage, Frankfurt 1986. Zitiert: *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte
Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Auflage, Berlin 1933. Zitiert: *G. Anschütz,* WRV-Kommentar
Anschütz, Gerhard/ Thoma, Richard	Handbuch des deutschen Staatsrechts, Zweiter Band, Tübingen 1932. Zitiert: *Bearbeiter*, in: G. Anschütz/R. Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts II

Arnold, Christian/ Wiese, Nils — Gewerkschaftswerbung – auch per E-Mail zulässig! –, NZA 2009, S. 716 – 721.

Arnold, Markus — Die tarifliche Dauerrechtsbeziehung, Heidelberg 1996.
Zitiert: *M. Arnold*, Die tarifliche Dauerrechtsbeziehung

Badura, Peter — Arbeitsgesetzbuch, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie, RdA 1974, S. 129 – S. 138.

— Die Tarifautonomie im Spannungsfeld von Gemeinwohlerfordernissen und kollektiver Interessenwahrung, AöR 1979, S. 246 – S. 264.

Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert — Beck´scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, München Stand 01.05.2013.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB

Barnett, Randy E. — A consent theory of contract, Columbia Law Review 1986, S. 269 – S. 321.

Bartlog, Julia V. C. — Das Verhältnis von Gesetz und Tarifvertrag, Bielefeld 2005.
Zitiert: *J.V.C. Bartlog*, Das Verhältnis von Gesetz und Tarifvertrag

Bauer, Jobst-Hubertus — Flucht aus Tarifverträgen: Königs- oder Irrweg?, in: Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag, Schlachter, Monika/ Ascheid, Reiner/ Friedrich, Hans-Wolf (Hrsg.), München 1998, S. 19 – S. 46.
Zitiert: *J.-H. Bauer*, Flucht aus Tarifverträgen: Königs- oder Irrweg?, in: Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag

Bauer, Jobst-Hubertus/ Haußmann, Katrin	Blitzaustritt und Blitzwechsel: Wirksam, aber ohne Wirkung?, RdA 2009, S. 99 – S. 106.
Bäuerle, Michael	Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Baden-Baden 2001. Zitiert: *M. Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz
Bayreuther, Frank	OT-Mitgliedschaft, Tarifzuständigkeit und Tarifbindung, BB 2007, S. 325 – S. 329.
—	Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005. Zitiert: *F. Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie
Becker, Michael	Der unfaire Vertrag, Tübingen 2003. Zitiert: *M. Becker*, Der unfaire Vertrag
Belling, Detlef W.	Die Verantwortung des Staates für die Normsetzung durch die Tarifpartner, ZfA 1999, S. 547 – S. 615.
—	Streik in der Diakonie?, ZevKR 2003, S. 407 – S. 445.
Berg, Peter	Rechtliche Auswirkungen einer OT-Mitgliedschaft in der Praxis, AuR 2001, S. 393 – S. 397.
Bernuth, Wolf von	Austritt aus dem Arbeitgeberverband, NJW 2003, S. 2215 – S. 2217.
Besgen, Nicolai	Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung – Tarifflucht statt Verbandsflucht, 1. Auflage, Baden-Baden 1998.

	Zitiert: *N. Besgen*, Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ohne Tarifbindung – Tarifflucht statt Verbandsflucht
—	OT-Mitgliedschaft – offene Fragen, SAE 2007, S. 293 – S. 295.
Besgen, Nicolai/ Weber, Astrid	Der „Blitzwechsel“ in die OT-Mitgliedschaft, SAE 2010, S. 1 – S. 6.
Bethge, Herbert	Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 1985, S. 351 – S. 382.
Bettermann, Karl August/ Nipperdey, Hans Carl/ Scheuner, Ulrich	Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band III/1, Berlin 1958. Zitiert: *Bearbeiter*, in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrecht III/1
Bieback, Karl-Jürgen	Tarifrechtliche Probleme des Verbandswechsels von Arbeitgebern, DB 1989, S. 477 – S. 482.
Biedenkopf, Kurt H.	Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964. Zitiert: *K.H. Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie
—	Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in: Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.), München 1966, S. 97 – S. 167. Zitiert: *K.H. Biedenkopf*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in: Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten)

Blanke, Thomas — Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband,
AiB 2000, S. 260 – S. 270.

Bleckmann, Albert — Staatsrecht II – Die Grundrechte,
4. Auflage,
Köln u.a. 1997.
Zitiert: *A. Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte

Böckenförde, Ernst-Wolfgang — Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik,
NJW 1976, S. 2089 – S. 2099.

— Grundrechte als Grundrechtsnormen,
Der Staat 1990, S. 1 – S. 31.

— Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation,
NJW 1974, S. 1529 – S. 1538.

Brand, Jürgen — Sozialgesetzbuch Arbeitsförderung – SGB III – Kommentar,
6. Auflage,
München 2012.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Brand, SGB III

Brinkmann, Ulrich/ Nachtwey, Oliver — Krise und strategische Neuorientierung der Gewerkschaften,
APuZ 13-14/2010, S. 21 – S. 29.

Brugger, Winfried — Elemente verfassungsliberaler Grundrechtstheorie,
JZ 1987, S. 633 – S. 640.

Buchner, Herbert — Abschied von der Einwirkungspflicht der Tarifvertragsparteien,
DB 1992, S. 572 – S. 583.

— Arbeitsrechtliche Nachbesserung des Gesellschaftsrechts,
in: Festschrift für Peter Kreutz zu 70. Geburtstag,
Hönn, Günther/ Oetker, Hartmut/ Raab, Thomas (Hrsg.),

Köln 2010,
S. 537 – S. 547.
Zitiert: *H. Buchner*, Arbeitsrechtliche Nachbesserung des Gesellschaftsrechts, in: Festschrift für Peter Kreutz zu 70. Geburtstag

— Bestätigung der OT-Mitgliedschaft durch das BAG - Grundsätzliche Anerkennung - offene Folgefragen,
NZA 2006, S. 1377 – S. 1382.

— Das Arbeitskampfrecht unter den Anforderungen der Verhandlungsparität,
RdA 1986, S. 7 – S. 23.

— Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden ohne Tarifbindung,
NZA 1994, S. 2 – S. 12.

— Verbandsmitgliedschaft ohne Tarifbindung,
NZA 1995, S. 761 – S. 769.

Büdenbender, Ulrich — Tarifbindung trotz Austritts aus dem Arbeitgeberverband – eine notwendige oder eine korrekturbedürftige Regelung,
NZA 2000, S. 509 – S. 518.

Bumke, Christian — Ausgestaltung von Grundrechten,
Tübingen 2009.
Zitiert: *C. Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten

— Der Grundrechtsvorbehalt,
Baden-Baden 1998.
Zitiert: *C. Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt

Burkiczak, Christian — Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts,
Berlin 2006.
Zitiert: *C. Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts

Butzer, Hermann	Verfassungsrechtliche Grundlagen zum Verhältnis zwischen Gesetzgebungshoheit und Tarifautonomie, RdA 1994, S. 375 – S. 385.
Canaris, Claus-Wilhelm	Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, München 1997. Zitiert: *C.-W. Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht
—	Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, S. 201 – S. 246.
—	Schutzbedürfnisse (insbesondere der Verbraucherschutz) und das Privatrecht, JuS 1996, S. 761 – S. 767.
—	Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993 – S. 1004.
—	Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialsierung“, AcP 2000, S. 273 – S. 364.
Coester, Michael	Verfassungsrechtliche Gewährleistung der Aussperrung – Beschl. BVerfG v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 = NZA 1991, 809 –, Jura 1992, S. 84 – S. 90.
Coester-Waltjen, Dagmar	Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, AcP 1990, S. 1 – S. 33.
Cornils, Matthias	Die Ausgestaltung der Grundrechte, Tübingen 2005. Zitiert: *M. Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte
Cremer, Wolfram	Freiheitsgrundrechte, Tübingen 2003. Zitiert. *W. Cremer*, Freiheitsgrundrechte

Dahlbender, Frank — Der Austritt des Arbeitgebers aus seinem Verband zwecks Loslösung von Tarifverträgen,
Aachen 1995.
Zitiert: *F. Dahlbender*, Der Austritt des Arbeitgebers aus seinem Verband zwecks Loslösung von Tarifverträgen

Däubler, Wolfgang — Arbeitskampfrecht mit neuen Konturen?,
AuR 1992, S. 1 – S. 8.

— Arbeitskampfrecht,
3. Auflage,
Baden-Baden 2011.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht

— Die unverhältnismäßige Aussperrung – BAG (GS) AP, Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nr. 43,
JuS 1972, S. 642 – S. 648.

— Tarifflucht – eine aussichtsreiche Strategie zur Reduzierung von Lohnkosten?,
ZTR 1994, S. 448 – S. 455.

— Tarifvertragsgesetz,
3. Auflage,
Baden-Baden 2012.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Däubler, TVG

Däubler, Wolfgang/ Hege, Hans — Koalitionsfreiheit: ein Kommentar,
1. Auflage,
Baden-Baden 1976.
Zitiert: *W. Däubler/H. Hege,* Koalitionsfreiheit

Dauner-Lieb, Barbara — Verbraucherschutz durch Ausbildung Sonderprivatrechts für Verbraucher,
Berlin 1983.
Zitiert: *B. Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung Sonderprivatrechts für Verbraucher

de Wall, Heinrich — Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes als Grundlage subjektiver Rechte,
Der Staat 1999, S. 377 – S. 398.

Deinert, Olaf	Schranken der Satzungsgestaltung beim Abstreifen der Verbandstarifbindung durch OT-Mitgliedschaften, RdA 2007, S. 83 – S. 91.
—	Zur Zulässigkeit von OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden, AuR 2006, S. 217 – S. 224.
Denninger, Erhard/ Hoffmann-Riehm, Wolfgang	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Neuwied, Kriftel 2001. Zitiert: *Bearbeiter*, in: AK-GG
Dieterich, Thomas	Arbeitsgerichtlicher Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit, in: Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag, Kohte, Wolfhard/ Dörner, Hans-Jürgen/ Anzinger, Rudolf (Hrsg.), München 2005, S. 114 – S. 132. Zitiert: *T. Dieterich*, Arbeitsgerichtlicher Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit, in: Festschrift für Hellmut Wissmann zum 65. Geburtstag
—	Die Arbeitsgerichte zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof, NZA 1996, S. 673 – S. 681.
—	Die Grundrechtsbindung von Tarifvertragsparteien, in: Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag, Schlachter, Monika/ Ascheid, Reiner/ Friedrich, Hans-Wolf (Hrsg.), München 1998, S. 117 – S. 134. Zitiert: *T. Dieterich*, Die Grundrechtsbindung von Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag

— Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz,
RdA 2002, S. 1 – S. 17.

— Freiheit und Bindung des Richters,
RdA 1986, S. 2 – S. 6.

— Gewerkschaftswerbung im Betrieb – Besprechung des Urteils BAG v. 28.2.2006 – 1 AZR 460/04,
RdA 2007, S. 110 – S. 114.

— Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht,
RdA 1995, S. 129 – S. 136.

— Zur Pflicht der Gerichte, das Recht fortzubilden,
RdA 2002, S. 67 – S. 72.

Dietlein, Johannes Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten,
Berlin 1992.
Zitiert: *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten

Dolderer, Michael Objektive Grundrechtsgehalte,
Berlin 2000.
Zitiert: *M. Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte

Dorndorf, Eberhard Mehr Individualvertragsfreiheit im Arbeitsrecht?,
in: Arbeit und Recht: Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag,
Däubler, Wolfgang/ Bobke, Manfred/Kehrmann, Karl(Hrsg.),
Köln 1992,
S. 39 – S. 55.
Zitiert: *E. Dorndorf*, Mehr Individualvertragsfreiheit im Arbeitsrecht?, in: Arbeit und Recht: Festschrift für Albert Gnade zum 65. Geburtstag

Döttger, Doreen Der Schutz tariflicher Normsetzung,
Berlin 2003.
Zitiert: *D. Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung

Dreier, Horst	Dimensionen der Grundrechte Hannover 1993 Zitiert: *H. Dreier*, Dimensionen der Grundrechte
—	Grundgesetz Kommentar, Band I, 2. Auflage, Tübingen 2004. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Dreier, GG I
Dürig, Günter	Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 1956, S. 117 – S. 157.
Dworkin, Ronald	Taking Rights Seriously, 2. Auflage, London 1978. Zitiert: *R. Dworkin*, Taking Rights Seriously
Ehmann, Horst/ Schmidt, Thomas Benedikt	Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge Grenzen des Tarifvorrangs, NZA 1995, S. 193 – S. 203.
Ehrenberg, Viktor	Freiheit und Zwang auf dem Gebiete des Verkehrsrecht, Göttingen 1905. Zitiert: *V. Ehrenberg*, Freiheit und Zwang auf dem Gebiet des Verkehrsrecht
Eicher, Wolfgang/ Schlegel, Werner/	Sozialgesetzbuch Arbeitsförderung, Kommentar mit Nebenrecht, Neuwied 2013, Stand: Februar 2013. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Eicher/Schlegel, SGB III
Enderlein, Wolfgang	Zur Richtigkeitsgewähr der tarifvertraglichen Einigung als Leitgedanken des Arbeitskampfrechts, RdA 1995, S. 264 – S. 280.
Engels, Andreas	Die verfassungsrechtliche Dogmatik des Grundsatzes der Tarifeinheit, RdA 2008, S. 331 – S. 336.

— Verfassung und Arbeitskampfrecht,
Köln 2007.
Zitiert: *A. Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht

— Verfassungsrechtliche Determinanten staatlicher Lohnpolitik,
JZ 2008, S. 490 – S. 498.

Englberger, Josef Die Tarifautonomie im Deutschen Reich,
Escheu, Rudolf/ Felkner, Christian/ Lutz, Dieter/ Stein, Peter (Hrsg.),
Berlin 1995.
Zitiert: *J. Englberger*, Die Tarifautonomie im Deutschen Reich

Epping, Volker Grundrechte,
4. Auflage,
Berlin, Heidelberg 2010.
Zitiert: *V. Epping*, Grundrechte

Epping, Volker/ Hillgruber, Christian Beck´scher Online-Kommentar GG,
München Stand: 01.10.2011.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Epping/Hillgruber, Beck OK-GG

Fastrich, Lorenz Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht,
München 1992.
Zitiert: *L. Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht

Fenn, Herbert Der Grundsatz der Tarifeinheit – Zugleich zu Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung,
in: Arbeitsrecht in der Bewährung: Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag,
Heinze, Meinhard/ Söllner, Alfred (Hrsg.),
München 1994,
S. 213 – S. 238.
Zitiert: *H. Fenn*, Der Grundsatz der Tarifeinheit – Zugleich zu Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag

Filges, Axel C. — Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung,
in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag,
Baeck, Ulrich/ Hauck, Friedrich/ Preis, Ulrich/ Rieble, Volker/ Röder, Gerhard/ Schunder, Achim (Hrsg.),
München 2010,
S. 303 – S. 313.
Zitiert: *A.C. Filges*, Einvernehmliche Tarifflucht – Das Spannungsverhältnis zwischen vereinsrechtlicher Freiheit und koalitionsrechtlicher Bindung, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag

Flume, Werner — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft,
2. Auflage,
Berlin 1975.
Zitiert: *W. Flume*, BGB AT II

— — Rechtsgeschäft und Privatautonomie,
in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860 – 1960,
Band I,
Caemmerer, Ernst von/ Friesenhahn, Ernst/ Lange, Richard (Hrsg.),
Karlsruhe 1960,
S. 135 – S. 238.
Zitiert: *W. Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift100 Jahre DJT I

Franz, Einiko B. — Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags,
Frankfurt 2006.
Zitiert: *E.B. Franz*, Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags

Franzen, Martin — Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht,
in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag,
Lobinger, Thomas (Hrsg.),
Tübingen 2010,

S. 929 – S. 952.
Zitiert: *M. Franzen*, Gesetzesbindung im Tarifvertragsrecht, in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag

— Tarifrechtssystem und Gewerkschaftswettbewerb – Überlegungen zur Flexibilisierung des Flächentarifvertrags,
RdA 2001, S.1 – S. 10.

Franzke, Christian — OT-Mitgliedschaften,
Bad Homburg 1999.
Zitiert: *C. Franzke,* OT-Mitgliedschaften

Friauf, Karl Heinrich/ Höfling, Wolfram — Berliner Kommentar zum Grundgesetz,
Band 1,
32.Ergänzungslieferung, Stand: Juni 2011
Zitiert: *Bearbeiter*, in: FH, BK-GG

Friedrich, Hans-Wolf — Nachwirkender Tarifvertrag und eine Ablösung durch einen Tarifvertrag eines anderen Arbeitgeberverbandes mit einer anderen Gewerkschaft,
in: Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günther Schaub zu 65. Geburtstag, Schlachter, Monika/Ascheid, Reiner/Friedrich, Hans-Wolf (Hrsg.),
München 1998,
S. 193 – S. 203.
Zitiert: *H.-W. Friedrich*, Nachwirkender Tarifvertrag und eine Ablösung durch einen Tarifvertrag eines anderen Arbeitgeberverbandes mit einer anderen Gewerkschaft, in: Festschrift für Günther Schaub zum 65. Geburtstag

Friese, Birgit — Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung,
Berlin 2000.
Zitiert: *B. Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung

Gamillscheg, Franz — Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit,
Berlin 1966.

Zitiert: *F. Gamillscheg*, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit

— Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 1964, S. 385 – S. 445.

— Kollektives Arbeitsrecht, Band I: Grundlagen/Koalitionsfreiheit/Tarifvertrag/ Arbeitskampf und Schlichtung, München 1997. Zitiert: *F. Gamillscheg*, KollArb I

Gast, Wolfgang „Herr und Knecht" - Hegels Dialektik und die Dogmatik des Arbeitsrechts, in: Arbeitsrecht in der Bewährung: Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, Heinze, Meinhard/ Söllner, Alfred (Hrsg.), München 1994, S. 249 – S. 264. Zitiert: *W. Gast*, „Herr und Knecht"-Hegels Dialektik und die Dogmatik des Arbeitsrechts, in: Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag

Geißler, Markus Privatautonomie im Spannungsfeld sozialer Gerechtigkeit, JuS 1991, S. 617 – S. 623.

Gellermann, Martin Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, Tübingen 2000. Zitiert: *M. Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande

Germelmann, Claas-Hinrich Theorie und Geschichte des Streikrechts, Darmstadt 1980. Zitiert: *C.-H. Germelmann*, Theorie und Geschichte des Streikrechts

Gierke, Otto Friedrich von Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889. Zitiert: *O.F. v. Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts

Giese, Friedrich — Das Bonner Grundgesetz. Erläutert von Hermann von Mangoldt, 2., neubearbeitete und vermehrte Auflage von Friedrich Klein,
AöR 1957, S. 504 – S. 512.

Giesen, Richard — Tarifeinheit im Betrieb,
NZA 2009, S.11 – S. 18.

— Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb,
Tübingen 2002.
Zitiert: *R. Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb

Glaubitz, Werner — Tariffähigkeit von Arbeitgeberverbänden mit tarifgebundenen und –ungebundenen Mitgliedern?,
NZA 2003, S. 140 – S. 143.

Grimm, Dieter — Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft,
Frankfurt 1987.
Zitiert: *D. Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft

Grunsky, Wolfgang — Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht,
Berlin 1995.
Zitiert: *W. Grunsky*, Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht

Häberle, Peter — Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz,
3. Auflage,
Heidelberg 1983.
Zitiert: *P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz

— Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat,
JZ 1989, S. 913 – S. 919.

Hagemeier, Christian/ Kempen, Otto Ernst/ Zachert, Ulrich/ Zilius, Jan — Tarifvertragsgesetz Kommentar für die Praxis,
3. Auflage,
Köln 1997.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius, TVG

Hanau, Peter — Der Tarifvertrag in der Krise,
RdA 1998, S. 65 – S. 71.

Hans-Böckler-Stiftung — Arbeitsvertrag: Wenig zu verhandeln,
Impuls (Zeitschrift der Böckler-Stiftung) 12/2007, S. 1 – S. 1.
Zitiert: BöcklerImpuls 12/2007

Hanspach, Astrid — Umfang der Nachwirkung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen,
Frankfurt 2005.
Zitiert: *A. Hanspach*, Umfang der Nachwirkung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen

Hatschek, Julius — Deutsches und preußisches Staatsrecht,
Band I,
2. Auflage,
Berlin 1930.
Zitiert: *J. Hatscheck*, Deutsches und preußisches Staatsrecht Band I

Heenen, Norbert — Kampfparität und bilaterales Monopol,
Heidelberg 1988.
Zitiert: *N. Heenen*, Kampfparität und bilaterales Monopol

Heinig, Hans Michael — Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie,
in: Evangelisches Staatslexikon,
Heun, Werner (Hrsg.),
Neuausgabe,
Stuttgart 2006,
Sp. 1014 – 1017.
Zitiert: *H.M. Heinig*, Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie, in: Evangelisches Staatslexikon

Heinrich, Christian — Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit,
Tübingen 2000.
Zitiert: *C. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit

Heinze, Meinhard/ Ricken, Oliver	Verbandsaustritt und Verbandsauflösung im Spannungsfeld von Tarifeinheit und Tarifpluralität, ZfA 2001, S. 159 – S. 182.
Hensche, Detlef	Verfassungsrechtlich bedenkliche Neujustierung des Verhältnisses zwischen Individualwille und kollektiver Ordnung, NZA 2009, S. 815 – S. 820.
Henssler, Martin/ Willemsen, Heinz Josef/ Kalb, Heinz-Jürgen	Arbeitsrecht Kommentar, 5. Auflage, Köln 2012. Zitiert: *Bearbeiter*, in: HWK, ArbR-Kommentar
Hesse, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg 1999. Zitiert: *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts
Höfling, Wolfram	Der verfassungsrechtliche Koalitionsbegriff, RdA 1999, S.182 – S. 185.
—	Grundelemente einer Bereichsdogmatik der Koalitionsfreiheit, in: Staat, Wirtschaft, Steuern: Festschrift für Karl Heinrich zum 65. Geburtstag, Wendt, Rudolf (Hrsg.), Heidelberg 1996, S. 377 – S. 389. Zitiert: *W. Höfling*, Grundelemente einer Bereichsdogmatik der Koalitionsfreiheit, in: Staat, Wirtschaft, Steuern: Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag
—	Offene Grundrechtsinterpretation, Berlin 1987. Zitiert: *W. Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation
—	Vertragsfreiheit, Heidelberg 1991. Zitiert: *W. Höfling*, Vertragsfreiheit

Höfling, Wolfram/ Burkiczak, Christian — Die unmittelbare Drittwirkung gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG,
RdA 2004, S. 263 – S. 273.

Hönn, Günther — Kompensation struktureller Vertragsparität,
München 1982.
Zitiert: *G. Hönn*, Kompensation struktureller Vertragsparität

Höpfner, Clemens — Blitzaustritt und Blitzwechsel in die OT-Mitgliedschaft,
ZfA 2009, S. 541 – S. 573.

Hottgenroth, Ralf — Die Verhandlungspflicht der Tarifvertragsparteien,
Baden-Baden 1990.
Zitiert. *R. Hottgenroth*, Die Verhandlungspflicht der Tarifvertragsparteien

Houben, Christian-Armand — Nachbindung und Nachwirkung im Tarifrecht – Zu Struktur und Anwendungsbereich von § 3 III und § 4 V TVG,
NJOZ 2008, S. 2170 – S. 2190.

Hromadka, Wolfgang/ Maschmann, Frank — Arbeitsrecht,
Band II: Kollektivarbeitsrecht und Arbeitsrechtsstreitigkeiten,
5. Auflage,
Berlin 2010.
Zitiert: *W. Hromadka/F. Maschmann*, ArbR II

Hromadka, Wolfgang/ Maschmann, Frank/ Wallner, Franz — Der Tarifwechsel,
München 1996.
Zitiert: *W. Hromadka/F. Maschmann/F. Wallner,* Tarifwechsel

Huber, Ernst Rudolf — Bedeutungswandel der Grundrechte,
AöR 1933, S. 1 – S. 98.

— Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Band II,
2. neubearbeitete und erweiterte Auflage,
Tübingen 1954.
Zitiert *E.-R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht II

Hueck, Alfred/ Nipperdey, Hans Carl
Lehrbuch des Arbeitsrecht,
Zweiter Band: Kollektives Arbeitsrecht, Erster Halbband,
7. Auflage,
Frankfurt 1967.
Zitiert: *A. Hueck/ H.C. Nipperdey*, Arbeitsrecht, II/1

Huke, Rainer
Zukunft der Sozialpartnerschaft in Deutschland,
APuZ 13-14/2010, S. 7 – S. 10.

Hummel-Liljegren, Hermann
Zumutbare Arbeit – das Grundrecht des Arbeitslosen,
Berlin 1981.
Zitiert: *H. Hummel-Liljegren*, Zumutbare Arbeit – das Grundrecht des Arbeitslosen

Ipsen, Jörn
Grundrechte,
15. Auflage,
München 2012.
Zitiert. *J. Ipsen*, Grundrechte

Isensee, Josef
Das Grundrecht auf Sicherheit,
Berlin 1983.
Zitiert: *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit

— Die verfassungsrechtliche Verankerung der Tarifautonomie,
in: Die Zukunft der sozialen Partnerschaft,
Walter-Raymond-Stiftung(Hrsg.),
Köln 1986,
S. 159 – S. 193.
Zitiert: *J. Isensee*, Die verfassungsrechtliche Verankerung der Tarifautonomie, in: Die Zukunft der sozialen Partnerschaft

Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul
Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,

	Band VII: Freiheitsrechte, 3. Auflage, Heidelberg 2009. Zitiert: *Bearbeiter*, in: HStR VII
—	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Auflage, Heidelberg 2010. Zitiert: *Bearbeiter*, in: HStR VIII
—	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg 2011. Zitiert: *Bearbeiter*, in: HStR IX
Jacobs, Matthias/ Krois, Christopher	Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, Martinek, Michael/ Rawert, Peter/ Weitemeyer, Birgit (Hrsg.), Berlin 2010, S. 555 – S. 570. Zitiert: *M. Jacobs/C. Krois*, Das Zusammenspiel von Tarif- und Satzungsautonomie bei Blitzaustritt und Blitzwechsel, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag
Jacobs, Matthias/ Krause, Rüdiger/ Oetker, Hartmut	Tarifvertragsrecht, München 2007. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Jacobs/Krause/Oetker
Jacobs, Matthias/ Rüdiger, Krause/ Oetker, Hartmut/ Schubert, Claudia	Tarifvertragsrecht, 2. Auflage, München 2013. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert

Jarass, Hans D.	Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 1995, S. 345 – S. 381.
Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo	Grundgesetz Kommentar, 11. Auflage, München 2011. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth, GG
Jauernig, Othmar	Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 14. Auflage, München 2011. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Jauernig, BGB
Jeand'Heur, Bernd	Grundrechte im Spannungsfeld zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen, JZ 1995, S. 161 – S. 167.
Jellinek, Georg	System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Tübingen 1919. Zitiert: *G. Jellinek*, System der subjektiv-öffentlichen Rechte
Junker, Abbo	Grundkurs Arbeitsrecht, 8. Auflage, München 2009. Zitiert: *A. Junker,* ArbR
Kaiser, Joseph H.	Die Parität der Sozialpartner, Karlsruhe 1973. Zitiert: *J.H. Kaiser*, Die Parität der Sozialpartner
Kämpgen, Jürgen	Die Zusammenarbeit der Sozialpartner, Frankfurt 1976. Zitiert: *J. Kämpgen*, Die Zusammenarbeit der Sozialpartner
Kaskel, Walter	Arbeitsrecht, Berlin 1925. Zitiert: *W. Kaskel*, Arbeitsrecht

Kempen, Ernst Otto Zachert, Ulrich	Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage, Frankfurt 2006. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Kempen/Zachert
Kempen, Otto Ernst	Der BDA/DGB-Vorschlag für eine gesetzliche Tarifeinheits-Regelung und die staatliche Schutzpflicht gegenüber Art. 9 III GG, AuR 2011, S. 51 – S. 57.
—	Kollektivautonomie contra Privatautonomie: Arbeitsvertrag und Tarifvertrag, Sonderbeilage NZA 2000, S. 7 – S. 14.
Kemper, Michael	Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), Heidelberg 1990. Zitiert: *M. Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)
Kirschke, Christian	Die Richtigkeit des Rechts und ihre Maßstäbe, Berlin 2009. Zitiert: *C. Kirschke*, Die Richtigkeit des Rechts und ihre Maßstäbe
Kittner, Michael	Arbeitskampf, München 2005. Zitiert: *M. Kittner*, Arbeitskampf
Klein, Friedrich	Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, Breslau 1934. Zitiert: *F. Klein*, Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien
Klein, Hans Hugo	Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl. 1994, S. 489 – S. 497.
—	Öffentliche und private Freiheit, Der Staat 1971, S. 145 – S. 172.

— Die Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat,
Stuttgart 1972.
Zitiert: *H.H. Klein*, Die Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat

Kloepfer, Michael Verfassungsgebung als Zukunftsbewältigung aus der Vergangenheitserfahrung,
Berlin 1994.
Zitiert: *M. Kloepfer,* Verfassungsgebung als Zukunftsbewältigung aus Vergangenheitserfahrung

Klönne, Arno Die deutsche Arbeiterbewegung,
1. Auflage,
München 1989.
Zitiert: *A. Klönne*, Die deutsche Arbeiterbewegung

Knebel, Jürgen Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl,
Berlin 1978.
Zitiert: *J. Knebel*, Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl

Knoppik, Michael Tarifgeltung ohne Mitgliedschaft am Beispiel von § 3 Abs. 3 TVG und § 613a BGB,
Leipzig 2002.
Zitiert: *M. Knoppik*, Tarifgeltung ohne Mitgliedschaft am Beispiel von § 3 Abs. 3 TVG und § 613a BGB

Konzen, Horst Blitzaustritt und Blitzwechsel – vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif,
in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag,
Baeck, Ulrich/ Hauck, Friedrich/ Preis, Ulrich/ Rieble, Volker/ Röder, Gerhard/ Schunder, Achim (Hrsg.),
München 2010,
S. 559 – S. 576.
Zitiert: *H. Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – Vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag

Koop, Stefan | Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus,
Berlin 2009.
Zitiert: *S. Koop*, Das Tarifvertragssystem zwischen Koalitionsmonopolismus und Koalitionspluralismus

Kopp, Ferdinand | Grundrechtliche Schutz- und Förderungspflichten der öffentlichen Hand,
NJW 1994, S. 1753 – S. 1757.

Kramp, Ole | Blitzwechsel in die OT-Mitgliedschaft,
BB 2009, S. 392 – S. 392.

Krause, Rüdiger | „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts,
in: Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht – Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert,
Dieterich, Thomas/ Le Friant, Martine/ Nogler, Luca/ Kezuka, Katsutoshi/ Pfarr, Heide (Hrsg.),
Baden-Baden 2010,
S. 605 – S. 623.
Zitiert: *R. Krause*, „Blitzaustritt" und „Blitzwechsel" von Arbeitgebern als Herausforderung des Tarifrechts, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert

Krauss, Stefan | Die neue Freiheit oder Verbandstarif?,
DB 1995, S. 1562 – S. 1565.

Kreikebohm, Ralf/ Spellbrink, Wolfgang/ Waltermann, Raimund | Kommentar zum Sozialrecht,
2. Auflage,
München 2011.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann

Kroll, Axel | Der Außenseiter der Arbeitsrechtsordnung,
Bochum 1992.
Zitiert: *A. Kroll,* Der Außenseiter der Arbeitsrechtsordnung

Kühling, Jürgen | Arbeitskampf in der Diakonie,
AuR 2001, S. 241 – S. 250.

Kühnel, Artur	Zeitliche Grenzen der gemäß § 3 Abs. 3 TVG fortbestehenden Tarifgebundenheit beim Verbandsaustritt des Arbeitgebers, Frankfurt 2008. Zitiert: *A. Kühnel,* Zeitliche Grenzen der gemäß § 3 Abs. 3 TVG fortbestehenden Tarifgebundenheit beim Verbandsaustritt des Arbeitgebers
Ladeur, Karl-Heinz	Methodische Überlegungen zur gesetzlichen „Ausgestaltung“ der Koalitionsfreiheit, AöR 2006, S. 643 – S. 667.
Larenz, Karl	Methodenlehre des Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991. Zitiert: *K. Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft
Larenz, Karl/ Wolf, Manfred	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004. Zitiert: *K. Larenz/M. Wolf*, BGB AT
Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1995. Zitiert: *K. Larenz/C.-W. Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft
Lerche, Peter	Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Gehlen 1968. Zitiert: *P. Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes
Lewinski, Kai von	Weimarer Reichsverfassung und Grundgesetz als Gesellen- und Meisterstück, JuS 2009, S. 505 – S. 511.
Lieb, Manfred	Mehr Flexibilität im Tarifvertragsrecht? „Moderne“ Tendenzen auf dem Prüfstand, NZA 1994, S. 337 – S. 342.

Limbach, Jutta	Die Kompensation der Ungleichgewichtslagen, KritV 1986, S. 165 – S. 188.
Lindner, Josef Franz	Theorie der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2005. Zitiert: *J.F. Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik
Löwisch, Manfred	Gewollte Tarifunfähigkeit im modernen Kollektivarbeitsrecht, ZfA 1975, S. 29 – S. 46.
—	Neuabgrenzung von Tarifvertragssystem und Betriebsverfassung, JZ 1996, S. 812 – S. 821.
Löwisch, Manfred/ Rieble, Volker	Tarifvertragsgesetz Kommentar, 3. Auflage, München 2012. Zitiert: *M. Löwisch/V. Rieble*, TVG
Lübbe-Wolff, Gertrud	Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988. Zitiert: *G. Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte
Luhmann, Niklas	Grundrechte als Institutionen, 5. Auflage, Berlin 2009. Zitiert: *N. Luhmann*, Grundrechte als Institutionen
Mager, Ute	Einrichtungsgarantien, Tübingen 2003. Zitiert: *U. Mager*, Einrichtungsgarantien
Mainzer, Claudia	Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie, Baden-Baden 2003. Zitiert: *C. Mainzer*, Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie
Mangoldt, Hermann von/ Klein, Friedrich/	Kommentar zum Grundgesetz, Band I, 6. Auflage,

Starck, Christian	München 2010. Zitiert: *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I
Mann, Thomas	Zeitliche Austrittsbeschränkungen in Tarifverbänden, Berlin 1995. Zitiert: *T. Mann*, Zeitliche Austrittsbeschränkungen in Tarifverbänden
Marx, Karl	Marx-Engels-Werke, Band 23, 21. Auflage, Berlin 2005. Zitiert: *K. Marx*, MEW 23
Maschmann, Frank	Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, München 2007. Zitiert: *F. Maschmann,* Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers
Maunz, Theodor/ Dürig, Günter	Grundgesetz Kommentar, 62. Ergänzungslieferung, München 2011. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, GG
Mayer-Maly, Theo	Aussperrung und Parität, DB 1979, S. 95 – S. 100.
—	Zum Verständnis der Kampfparität, RdA 1968, S. 432 – S. 434.
Meisen, Olaf	Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt, Frankfurt 2007. Zitiert: *M. Meisen*, Koalitionsfreiheit, Tarifvorrang und Tarifvorbehalt
Melot de Beauregard, Paul R.	„Blitzaustritt" und Tarifbindung, ZTR 2009, S. 514 – S. 517.
—	Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden und Tarifbindung, Frankfurt 2002.

Zitiert: *P.R. Melot de Beauregard*, Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden und Tarifbindung

Merten, Detlef/ Papier, Hans-Jürgen — Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa,
Band II: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren,
Heidelberg 2006.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Handbuch der Grundrechte II

Merz, Hans — Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit,
Karlsruhe 1970.
Zitiert: *H. Merz*, Privatautonomie heute

Mikosch, Ernst — Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien,
in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag: Richterliches Arbeitsrecht,
Hanau, Peter/ Heither, Friedrich/ Kühling, Jürgen (Hrsg.),
München 1999,
S. 365 – S. 385.
Zitiert: *E. Mikosch*, Vertrauensvolle Zusammenarbeit der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Thomas Dietrich zum 65. Geburtstag

Molitor, Erich — Kommentar zur Tarifvertragsverordnung,
Berlin 1930.
Zitiert: *E. Molitor*, Kommentar zur Tarifvertragsverordnung

Möllers, Christoph — Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Vergleich,
Tübingen 2005.
Zitiert: *C. Möllers*, Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Vergleich

— — Staat als Argument,
München 2000.
Zitiert: *C. Möllers*, Staat als Argument

Muckel, Stefan/
Ogorek, Markus
Sozialrecht,
4. Auflage,
München 2011.
Zitiert: *S. Muckel/M. Ogorek*, Sozialrecht

Müller-Glöge, Rudi/
Preis, Ulrich/
Schmidt, Ingrid
Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht,
13. Auflage,
München 2013.
Zitiert: ErfK- *Bearbeiter*

Müller-Jentsch, Walther
Soziologie der industriellen Beziehungen,
Frankfurt 1997.
Zitiert: *W. Müller-Jentsch*, Soziologie der industriellen Beziehungen

Münch, Ingo von/
Kunig, Philip
Grundgesetz- Kommentar,
Band 1: Präambel bis Art. 69,
6. Auflage,
München 2012.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: v. Münch/Kunig, GG I

Münder, Johannes
Sozialgesetzbuch II Grundsicherung für Arbeitssuchende Lehr- und Praxiskommentar,
4. Auflage,
Baden-Baden 2011.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: LPK-SGB II

Nattmann, Dieter
Die Parität als Organisationsprinzip für die Zusammenarbeit der Sozialpartner,
Köln 1960.
Zitiert: *D. Nattmann*, Die Parität als Organisationsprinzip für die Zusammenarbeit der Sozialpartner

Neumann, Dirk
Der Schutz der negativen Koalitionsfreiheit,
RdA 1989, S. 243 – S. 246.

Neumann, Franz
Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft,
in: Demokratischer und autoritärer Staat,
Neumann, Franz (Hrsg.),
Frankfurt 1967,
S. 7 – S. 57.

	Zitiert: *F. Neumann*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Demokratischer und autoritärer Staat
—	Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, Berlin 1932. Zitiert: *F. Neumann*, Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung
Neumann, Volker	Legislative Einschätzungsprärogative und gerichtliche Kontrolldichte bei Eingriffen in die Tarifautonomie, RdA 2007, S. 71 – S. 76.
Niesel, Klaus/ Brand, Jürgen	SGB III Sozialgesetzbuch Arbeitsförderung Kommentar, 5. Auflage, München 2010. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Niesel/Brand, SGB III
Nipperdey, Hans Carl	Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Dritter Band: Artikel 143 – 165 und „zur Ideengeschichte der Grundrechte“, Berlin 1930. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung III
—	Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Erster Band: Allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Artikel 102 – 117, Berlin 1929. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung I
—	Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsvertragsgesetz, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum sechzigsten Geburtstag 20. Juli 1936, Kölner Rechtswissenschaftliche Fakultät (Hrsg.), Berlin 1937, S. 257 – S. 269.

	Zitiert: *H.C. Nipperdey*, Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsvertragsgesetz, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 60. Geburtstag
Nipperdey, Thomas	Deutsche Geschichte 1866–1918, Erster Band: Arbeitswelt und Bürgergeist, München 1994. Zitiert: *T. Nipperdey*, Deutsche Geschichte 1866–1918 Band I
Nörr, Knut Wolfgang	Grundlinien des Arbeitsrechts der Weimarer Republik, ZfA 1986, S. 403 – S. 447.
Oechsler, Jürgen	Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Tübingen 1997. Zitiert: *J. Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag
Oetker, Hartmut	Die Beendigung der Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden als tarifrechtliche Vorfrage, ZfA 1998, S. 41 – S. 82.
Opp, Karl-Dieter	Soziologie im Recht, Hamburg 1973. Zitiert: *K.-D. Opp*, Soziologie im Recht
Ossenbühl, Fritz	Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2100 – S. 2107.
Ostrop, Markus H.	Mitgliedschaft ohne Tarifbindung, Frankfurt 1997. Zitiert: *M.H. Ostrop*, Mitgliedschaft ohne Tarifbindung
Otto, Hansjörg	Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der koalitionsspezifischen Betätigung, Stuttgart 1982. Zitiert: *H. Otto*, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der koalitionsspezifischen Betätigung

Otto, Sven-Joachim | Die rechtliche Zulässigkeit einer tarifbindungsfreien Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden,
NZA 1996, S. 624 – S. 631.

Pappenheim, Max | Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts,
in: Festschrift für Georg Cohn zum 70. Geburtstag,
Staatswissenschaftliche Fakultät Zürich (Hrsg.),
Zürich 1915,
S. 291 – S. 301.
Zitiert: *M. Pappenheim*, Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts, in: Festschrift für Georg Cohn zum 70. Geburtstag

Peter, Gabriele | Abschied vom Konsens – Mangelnde Tariftreue und Erosion der Arbeitgeberverbände,
in: Recht und soziale Arbeitswelt: Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag,
Klebe, Thomas/ Wedde, Peter/ Wollmerath, Thomas(Hrsg.),
Frankfurt 1999,
S. 479 – S. 494.
Zitiert: *G. Peter*, Abschied vom Konsens – Mangelnde Tariftreue und Erosion der Arbeitgeberverbände, in: Recht und soziale Arbeitswelt: Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag

Picker, Eduard | Der Warnstreik und die Funktionen des Arbeitskampfes in der Privatrechtsordnung,
Köln 1983.
Zitiert: *E. Picker*, Der Warnstreik und die Funktionen des Arbeitskampfes in der Privatrechtsordnung

— | Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung,
Köln 2000.
Zitiert: *E. Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung

— | Ein Rechtsinstitut auf Abruf,
FAZ vom 11.07.1998 (Nr. 158), S. 15 – S. 15.

— Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie,
in: Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben,
Rüthers, Bernd (Hrsg.),
Baden-Baden 2002,
S. 11 – S. 31.
Zitiert: *E. Picker*, Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, in: Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben

— Ursprungsidee und Wandlungen des Tarifvertragswesens- Ein Lehrstück zur Privatautonomie am Beispiel Otto v. Gierkes,
in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk,
Schön, Wolfgang (Hrsg.),
Köln 1997,
S. 879 – S. 953.
Zitiert: *E. Picker*, Ursprungsidee und Wandlungen des Tarifvertragswesens, in: Gedächtnisschrift für B. Knobbe-Keuk

Pieroth, Bodo — Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung,
in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Band II,
Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.),
Tübingen 2001,
S. 293 – S. 317.
Zitiert: *B. Pieroth*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II

Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard — Grundrechte,
28. Auflage,
Heidelberg 2012.
Zitiert: *Pieroth/Schlink,* Grundrechte

Pietrzak, Alexandra — Die Schutzpflicht im verfassungsrechtlichen Kontext – Überblick und neue Aspekte,
JuS 1994, S. 748 – S. 753.

Plander, Harro	Tarifflucht durch kurzfristig vereinbarten Verbandsaustritt?, NZA 2005, S. 897 – S. 902.
Poscher, Ralf	Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen 2003. Zitiert: *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte
—	Theorie des Phantoms – Die erfolglose Suche nach der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, RW 2010, S. 349 – S. 372.
Posner, Richard A.	Economic Analysis of Law, 6. Auflage, New York 2003. Zitiert: *R.A. Posner*, Economic Analysis of Law
Potthoff, Heinz	Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, Leipzig 1925. Zitiert: *H. Potthoff,* Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht
Preis, Ulrich	Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied 1993. Zitiert: *U. Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht
Przybylski, Jonathan/ Przybylski, Hartmut	Hintergrundartikel: Tarifautonomie, April 2008. http://www.ekd.de/sozialethik/download/Tarifautonomieprz.pdf - zuletzt aufgerufen am 09.12.11 Zitiert: *J. Przybylski/H. Przybylski*, Hintergrundartikel: Tarifautonomie
Raiser, Ludwig	Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 – S. 8.
Rehm, Johannes	Streikrecht in der Kirche: Vereinbarkeit mit dem Dritten Weg?, NZA 2011, S. 1211 – S. 1214.

Reinemann, Susanne/ Schulz-Henze, Ralf — Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Koalitionsfreiheit – Widerspruch zum klassischen Grundrechtsverständnis oder richtungsweisende Trendwende?,
JA 1995, S. 811 – S. 816.

Reuss, Wilhelm — Rechtsfolgen der Aussperrung (Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 25.1.1963),
AuR 1963, S. 225 – S. 232.

Reuter, Dieter — Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie,
RdA 1991, S. 193 – S. 204.

Richardi, Reinhard — Die Verhältnismäßigkeit von Streik und Aussperrung,
NJW 1978, S. 2057 – S. 2066.

— Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses,
München 1968.
Zitiert: *R. Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses

Richardi, Reinhard — Tarifvertrag und Arbeitskampf oder „Dritter Weg" in der Kirche?,
NZA 2002, S. 929 – S. 934.

Richardi, Reinhard, Thüsing, Gregor — Kein Arbeitskampf in der Diakonie – Erwiderung auf Kühling, AuR 2001, 241,
AuR 2002, S. 241 – S. 100.

Ricken, Oliver — Autonomie und tarifliche Rechtsetzung,
München 2006.
Zitiert: *O. Ricken*, Autonomie und tarifliche Rechtsetzung

Rieble, Volker — „Blitzaustritt" und tarifliche Vorbindung,
RdA 2009, S. 280 – S. 286.

Rödl, Florian | Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie,
in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück,
Bieder, Marcus/ Hartmann, Felix (Hrsg.),
Tübingen 2012,
S. 81 – S. 101.
Zitiert: *F. Rödl*, Privatrechtliche Gerechtigkeit und arbeitsrechtliche Tarifautonomie, in: Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Assistententagung im Arbeitsrecht 2011 in Osnabrück

Rolfs, Christian/ Giesen, Richard/ Kreikebohm, Ralf/ Udsching, Peter | Beck´scher Online-Kommentar Arbeitsrecht,
München Stand 01.12.2011.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK-ArbR

Ruck, Silke | Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit,
AöR 1992, S. 543 – S. 566.

Ruhland, Klaus | Arbeitskampfparität,
Frankfurt 2001.
Zitiert: *K. Ruhland*, Arbeitskampfparität

Rupp, Hans Heinrich | Methodenkritische Bemerkungen zum Verhältnis von tarifvertraglicher Rechtsetzung und parlamentarischer Gesetzgebungskompetenz,
JZ 1998, S. 919 – S. 926.

Rusteberg, Benjamin | Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt,
Tübingen 2009.
Zitiert: *B. Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt

Rüthers, Bernd | Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen,
Gehlen 1970.

	Zitiert: *B. Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen
—	Streik und Verfassung, Köln 1960. Zitiert: *B. Rüthers*, Streik und Verfassung
—	Zur Kampfparität im Arbeitsrecht, Kritische Analysen 1970, S. 3 – S. 29.
Sachs, Michael/ Battis, Ulrich	Grundgesetz Kommentar, 5. Auflage, München 2009. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Sachs, GG
Säcker, Franz Jürgen	Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972. Zitiert: *F.J. Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle
Säcker, Franz Jürgen/ Oetker, Hartmut	Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, München 1992. Zitiert: *F.J. Säcker/H. Oetker,* Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie
Säcker, Franz-Jürgen	Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969. Zitiert: *F.-J. Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit
Schaub, Günter	Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Auflage, München 2011. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Schaub-ArbHdb
Schiller, Friedrich	Wilhelm Tell, Frankfurt am Main 2002. Zitiert: *F. Schiller*, Wilhelm Tell

Schlink, Bernhard — Abwägung im Verfassungsrecht,
Berlin 1976.
Zitiert: *B. Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht

Schmidt, Thomas — Die Freiheit verfassungswidriger Parteien und Vereinigungen,
Berlin 1983.
Zitiert: *T. Schmidt*, Die Freiheit verfassungswidriger Parteien und Vereinigungen

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/ Klein, Franz — Kommentar zum Grundgesetz,
10. Auflage,
Neuwied 2004.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG

Schmidt-Rimpler, Walter — Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts,
AcP 1941, S. 130 – S. 197.

— Zum Problem der Geschäftsgrundlage,
in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag 21. Januar 1955,
Dietz, Rolf/ Hueck, Alfred/ Reinhardt, Rudolf (Hrsg.),
München 1955,
S. 1 – S. 30.
Zitiert: *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag

— Zum Vertragsproblem,
in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag,
Baur, Fritz/ Esser, Josef/ Kübler, Josef/ Steindorff, Ernst (Hrsg.),
Tübingen 1974,
S. 3 – S. 26.
Zitiert: *W. Schmidt-Rimpler*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag

Schmitt, Carl — Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung,
in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54,
Carl Schmitt (Hrsg.),
Berlin 1958,
S. 140 – S. 173.
Zitiert: *C. Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54

— Verfassungslehre,
München, Leipzig 1928.
Zitiert: *C. Schmitt*, Verfassungslehre

Scholz, Rupert — Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem,
München 1971.
Zitiert: *R. Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem

— Pressefreiheit und Arbeitsverfassung,
Berlin 1978.
Zitiert: *R. Scholz*, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung

Scholz, Rupert/ Konzen, Horst — Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht,
Berlin 1980.
Zitiert: *R. Scholz/H. Konzen*, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht

Schubert, Claudia — Ist der Außenseiter von der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien geschützt? Ein Beitrag zum sachlichen Schutzbereich der Koalitionsfreiheit,
RdA 2001, S. 199 – S. 207.

Schulze, Reiner — Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar,
7. Auflage,
Baden-Baden 2012.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Hk-BGB

Schumann, Ekkehard	Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Berlin 1963. Zitiert: *E. Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen
Schwabe, Jürgen	Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977. Zitiert: *J. Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik
Schwarze, Roland	Arbeitnehmerbegriff und Vertragstheorie, ZfA 2005, S. 81 – S. 107.
—	Die verfassungsrechtliche Garantie des Arbeitskampfes – BVerfGE 84, 212, JuS 1994, S. 653 – S. 659.
—	Gewerkschaftswerbung per E-Mail, Besprechung des Urteil des BAG v. 20.1.2009 – AZR 515/08, RdA 2010, S. 115 – S. 119.
Seifert, Dieter/ Hömig, Karl-Heinz	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Auflage, Baden-Baden 2010. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Seifert/Hömig, GG
Seiter, Hugo	Dauerrechtsbeziehungen zwischen Tarifvertragsparteien?, ZfA 1989, S. 283 – S. 306.
—	Der Verhandlungsanspruch der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Wilke, Dieter (Hrsg.), Berlin 1984, S. 729 – S. 751. Zitiert: *H. Seiter*, Der Verhandlungsanspruch der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin

— Streikrecht und Aussperrungsrecht,
Tübingen 1975.
Zitiert: *H. Seiter,* Streikrecht und Aussperrungsrecht

Singer, Reinhard Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen,
München 1995.
Zitiert: R. *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen

Smend, Rudolf Verfassung und Verfassungsrecht,
in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Smend, Rudolf (Hrsg.),
3. Auflage,
Berlin 1994,
S. 119 – S. 276.
Zitiert: R. *Smend*, Verfassungs und Verfassungsrecht, in: R. *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze

Sodan, Helge Verfassungsrechtliche Grenzen der Tarifautonomie,
JZ 1998, S. 421 – S. 472.

Söllner, Alfred Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht,
RdA 1989, S. 144 – S. 150.

Soltwedel, Rüdiger Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt der Bundesrepublik,
Tübingen 1990.
Zitiert: R. *Soltwedel*, Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt

Stammler, Dieter Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution,
Berlin 1971.
Zitiert: *D. Stammler*, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution

Staudinger, Julius von — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
Neubearbeitung,
München 2011.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB-Kommentar

Stern, Klaus — Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,
Band IV Halbband 1: Der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums,
München 2006.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Stern, StR IV/1

— — Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,
Band III Halbband 1: Allgemeine Lehren der Grundrechte,
München 1988.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Stern, StR III/1

Stern, Klaus/
Becker, Florian/ — Grundrechte-Kommentar,
Köln 2010.
Zitiert: *Bearbeiter*, in: Stern/Becker, GR

Stolleis, Michael — Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland,
Band III: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur: 1914 – 1945,
München 1999.
Zitiert: *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III

Stütze, Sebastian — Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht,
1. Auflage,
Baden-Baden 2009.
Zitiert: *S. Stütze*, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht

Stützel, Wolfgang — Marktpreis und Menschenwürde,
3. Auflage,
Stuttgart 1982.
Zitiert: *W. Stützel*, Marktpreis und Menschenwürde

Tettinger, Peter J. — Grundlinien der Koalitionsfreiheit,
Jura 1981, S. 1 – S. 9.

Thüsing, Gregor/
Stelljes, Volker — Verbandsmitgliedschaft und Tarifgebundenheit,
ZfA 2005, S. 527 – S. 579.

Ulber, Daniel — Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten,
Berlin 2010.
Zitiert: *D. Ulber,* Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten

Ulrich, Preis/
Ulber, Daniel — Funktion und Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, in: Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht, Festschrift für Otto Ernst Kempen,
Schubert, Jens M. (Hrsg.),
Baden-Baden 2013,
S. 15 – S. 37.
Zitiert: *U. Preis/D. Ulber*, Funktion und Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, in: Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht, Festschrift für Otto Ernst Kempen

Unruh, Peter — Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz,
Berlin 2004.
Zitiert: *P. Unruh*, Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz

— Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten,
Berlin 1996.
Zitiert: *P. Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten

Vaupel, Christian — Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen im Arbeits- und Verbraucherrecht,
Herbolzheim 2006.
Zitiert: *C. Vaupel*, Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen im Arbeits- und Verbraucherrecht

Volkmann, Uwe	Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa, Britz, Gabriele/ Volkmann, Uwe (Hrsg.), Tübingen 2003, S. 1 – S. 33. Zitiert: *U. Volkmann*, Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Tarifautonomie in Deutschland und Europa
Voswinkel, Stephan	Krise des Arbeitsrechts – Individualisierung oder Anerkennungsverhältnisse?, WSI-Mitteilungen 2007, S. 427 – S. 432.
Waechter, Kay	Einrichtungsgarantien als dogmatische Fossilien, Die Verwaltung 1996, S. 47 – S. 72.
Waltermann, Raimund	Zu den Grundlagen der Rechtsetzung durch Tarifvertrag, in: Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, Köbler, Gerhard/ Heinze, Meinhard/ Hromadka, Wolfgang (Hrsg.), München 2000, S. 1251 – S. 1277. Zitiert: *R. Waltermann*, Zu den Grundlagen der Rechtsetzung durch Tarifvertrag, in: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag
Wank, Rolf	Arbeitnehmer und Selbstständige, München 1988. Zitiert: *R. Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige
—	Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Soziale Sicherheit durch Sozialpartnerschaft: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Steinmeyer, Heinz-Dietrich (Hrsg.), München 2007, S. 141 – S. 164.

Zitiert: R. *Wank*, Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes

Weber, Werner — Die Bundesrepublik und ihre Verfassung an der Schwelle des dritten Jahrzehnts,
DVBl. 1969, S. 413 – S. 419.

Weiss, Manfred — Zum Verhältnis von Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht,
in: Zur Autonomie des Individuums: Liber amicorum Spiros Simitis,
Simon, Dieter/ Weiss, Manfred (Hrsg.),
Baden-Baden 2000,
S. 467 – S. 482.
Zitiert: *M. Weiss*, Zum Verhältnis von Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht, in: Liber amicorum Spiros Simitis

Weitbrecht, Hansjörg — Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie,
Berlin 1969.
Zitiert: *H. Weitbrecht*, Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie

Weitnauer, Hermann — Der Schutz des Schwächeren,
Karlsruhe 1975.
Zitiert: *H. Weitnauer*, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht

Wiedemann, Herbert — Blitzaustritt und Tarifflucht,
in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag,
Martinek, Michael/ Rawert, Peter/ Weitemeyer, Birgit (Hrsg.),
Berlin 2010,
S 889 – S. 902.
Zitiert: *H. Wiedemann*, Blitzaustritt und Tarifflucht, in: Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag

— — Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan?,
RdA 1969, S. 321 – S. 336.

— Die Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien, RdA 1997, S. 297 – S. 304.

— Tarifvertragsgesetz, 7. Auflage, München 2007. Zitiert: *Bearbeiter*, in: Wiedemann, TVG

— Unternehmensautonomie und Tarifvertrag, RdA 1986, S. 231 – S. 241.

Willemsen, Heinz Josef/ Mehrens, Christian — Die Rechtsprechung des BAG zum „Blitzaustritt“ und ihre Auswirkungen auf die Praxis, NJW 2009, S. 1916 – S. 1921.

— Die Friedenspflicht im Zeitraum der Nachbindung, NZA 2009, S. 169 – S. 173.

— Weltliches Arbeitsrecht und christliche Dienstgemeinschaft, NZA 2011, S. 1205 – S. 1211.

Willemsen, Heinz-Josef Mehrens, Christian — Ablösung tariflicher Bestimmungen nach einem Verbandsaustritt – Kein Ende in Sicht!, NZA 2010, S. 307 – S. 311.

— Neues zum „Blitzwechsel“ in die OT-Mitgliedschaft und Unterstützungsstreik, NZA 2013, S. 79 – S. 82.

Winkler, Heinrich August — Geschichte des Westens, Die Zeit der Weltkriege 1914–1945, München 2011. Zitiert: *H.A. Winkler*, Geschichte des Westens – Die Zeit der Weltkriege 1914–1945

— Geschichte des Westens, Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München 2009. Zitiert: *H.A. Winkler*, Geschichte des Westens – Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert

Witt, Alexander — Der Firmentarifvertrag,
Berlin 2004.
Zitiert: *A. Witt*, Der Firmentarifvertrag

Wolf, Manfred — Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich,
Tübingen 1970.
Zitiert: *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich

— Tarifautonomie, Kampfparität und gerechte Tarifgestaltung,
ZfA 1971, S. 151 – S. 179.

Wolter, Henner — Aussperrung, Parität und Verhältnismäßigkeit,
AuR 1979, S. 193 – S. 203.

Wroblewski, Andrej — Kein generelles o.k. für OT,
NZA 2007, S. 421 – S. 426.

Zachert, Ulrich — Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht: alte Fragen und – neue Probleme,
AuR 2002, S. 41 – S. 48.

— Modernisierung oder Liquidation der Tarifautonomie?,
KJ 1997, S. 411 – S. 428.

— Zukunft des Flächentarifvertrages,
AiB 2000, S. 204 – S. 210.

Zeuner, Albrecht — Gedanken zum Verhältnis Richterrecht und Betätigungsfreiheit der Beteiligten,
in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht,
Gamillscheg, Franz/ Hueck, Götz/ Wiedemann, Herbert (Hrsg.),
München 1979,
S. 727 – S. 744.
Zitiert: *A. Zeuner*, Gedanken zum Verhältnis Richterrecht und Betätigungsfreiheit der Beteiligten, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht

Zöllner, Wolfgang — Der Abbau einheitsvertraglicher Arbeitsbedingungen im nicht tariflich gesicherten Bereich, RdA 1969, S. 250 – S. 256.

— Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 9 Abs. 3 GG, AöR 1973, S. 71 – S. 102.

— Flexibilisierung des Arbeitsrechts, ZfA 1988, S. 265 – S. 291.

— Gerechtigkeit im Arbeitsverhältnis, in: Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrhunderts, Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, Köbler, Gerhard/ Heinze, Meinhard/ Hromadka, Wolfgang (Hrsg.), München 2000, S. 1297 – S. 1322.
Zitiert: *W. Zöllner*, Gerechtigkeit im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag

— Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 1976, S. 221 – S. 246.

— Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 1996, S. 1 – S. 36.

Zöllner, Wolfgang/ Loritz, Karl-Georg/ Hergenröder, Curt Wolfgang — Arbeitsrecht, 6. Auflage, München 2008.
Zitiert: *Zöllner/Loritz/Hergenröder,* ArbR

„Verbunden werden auch die Schwachen mächtig." Dieses Zitat aus Schillers „Wilhelm Tell" beschreibt die historische Kernidee des Tarifsystems. Der seit Mitte der 1990er Jahre zu verzeichnende Rückgang der Tarifbindung, der steigende Wettbewerbsdruck sowie die Wirtschaftskrise im Jahre 2008 stellen nunmehr das bislang sehr erfolgreiche Tarifsystem und seine Protagonisten vor neue Herausforderungen. Im Zentrum der Untersuchung steht die Frage der Verfassungsmäßigkeit von sehr kurzfristigen Beendigungsmöglichkeiten der tarifgebundenen Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden. Wie muss ein Tarifsystem ausgestaltet sein, um einerseits die Bedürfnisse der in Verbänden organisierten Arbeitgeber hinreichend zu achten und andererseits die strukturelle Ungleichheit im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber durch die Gewerkschaften als Arbeitnehmervertretung zu berücksichtigen?



ISBN: 978-3-86395-176-4
ISSN: 2191-4583

Universitätsverlag Göttingen